

CONSTITUCIONALIDAD DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD SUBJETIVA
A LA LUZ DEL ARTÍCULO 90 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991.

TRABAJO PARA OPTAR AL TÍTULO DE MAGÍSTER EN DERECHO
ADMINISTRATIVO

JORGE DANIEL ÁLVAREZ CALDERÓN
CARLOS GUILLERMO BURBANO PORTILLA
DIANA MARCELA MONTOYA ESTRADA

ASESORA

JULIANA NANCLARES MÁRQUEZ

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA
FACULTAD DE POSGRADOS
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
MEDELLÍN

2018

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I. REGIMENES Y TÍTULOS DE IMPUTACION DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. ANALISIS DESDE LA DOCTRINA....	10
1.1 Cuestiones previas.....	10
1.2 Los elementos de la responsabilidad del Estado.....	16
1.2.1 La causalidad y la imputación.....	18
1.2.2 La causalidad.....	19
1.2.3 La imputación.....	24
1.3 Diferencias entre régimen de responsabilidad y títulos de imputación.....	27
1.4 Los regímenes de responsabilidad del Estado y sus respectivos títulos de imputación. Clasificación.....	34
1.4.1 Régimen subjetivo de responsabilidad estatal.....	37
1.4.1.1 La falla del servicio.....	39
1.4.1.2 Falla probada.....	41
1.4.1.3 Falla presunta.....	43
1.4.2 Régimen objetivo de responsabilidad del Estado.....	44
1.4.2.1 El daño especial.....	45
1.4.2.2 El riesgo excepcional.....	46
CAPÍTULO II. REGIMENES Y TÍTULOS DE IMPUTACION DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. ANALISIS DESDE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO.....	47
2.1 Orígenes de los regímenes de responsabilidad del Estado y de los títulos de imputación.....	47
2.2 Conceptos de causalidad e imputación.....	54
2.2.1 La causalidad.....	54
2.2.2 La imputación.....	65
2.3 Los diferentes regímenes de responsabilidad y sus títulos de imputación en la jurisprudencia administrativa.....	79
2.3.1 Régimen subjetivo de responsabilidad del Estado.....	81
2.3.1.1 La falla del servicio.....	82
2.3.2 Régimen objetivo de responsabilidad del Estado.....	89

2.3.2.1 Daño especial.....	91
2.3.2.2 El riesgo excepcional.....	103
CAPÍTULO III. CONSTITUCIONALIDAD DEL REGIMEN SUBJETIVO DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO.....	118
3.1 Generalidades.....	118
3.2 Incidencia de la adopción del concepto de daño antijurídico español en la configuración de la responsabilidad del estado en Colombia en el marco del Estado Social de Derecho.....	120
3.3 Breve reseña de la génesis del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia.....	123
3.5 La lesión resarcible y la responsabilidad patrimonial del Estado en España y su incidencia en el constituyente de 1991 en Colombia.....	138
3.6 Análisis doctrinario de los regímenes y títulos de imputación de responsabilidad del Estado en el contexto de la intención del constituyente de 1991.....	150
3.6.1 La intención del constituyente de 1991.....	150
3.6.2 Acercamiento a las nociones de regímenes y títulos de imputación de responsabilidad teniendo como punto de partida la intención del constituyente de 1991.....	165
3.6.2.1 Régimen subjetivo.....	174
3.6.2.2 Régimen objetivo.....	193
3.7 El desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado respecto de los regímenes y títulos de imputación de responsabilidad y su relación con la intención del constituyente de 1991.....	201
3.7.1 El Régimen subjetivo.....	216
3.7.2 El Régimen objetivo.....	219
3.8 Constitucionalidad del régimen subjetivo de responsabilidad del Estado dentro del contexto del Estado Social de Derecho.....	221
3.9 Posición y argumentos sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del régimen subjetivo de responsabilidad del Estado.....	250
CONCLUSIONES.....	265
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	272

INTRODUCCIÓN.

Por responsabilidad patrimonial extracontractual pública ha de entenderse la obligación que se radica en cabeza del Estado de reparar patrimonialmente los perjuicios que se deriven del daño antijurídico a él imputable, bien sea por la acción o por la omisión de un agente o funcionario suyo (Viveros C., 2015, p.30). Es extracontractual, toda vez que no media ningún vínculo legal o acuerdo de voluntades entre las partes inmersas en la relación litigiosa.

La doctrina afirma que en el derecho administrativo, en general, la responsabilidad extracontractual del Estado se establece como una garantía para el ciudadano ante las extralimitaciones del poder estatal (Arenas H., 2014, p.p. 10 y 11), pues muchas décadas atrás en el tiempo era inconcebible un Estado responsable por los daños que causara a los ciudadanos, traducándose ello en un auténtico abuso:

En la antigüedad no se concebía un Estado responsable por los daños que con su actividad pudiera causar a los asociados, y por esa razón tenía amplios poderes para disponer de los bienes de los ciudadanos, no siendo responsable de su utilización sino ante las divinidades oficiales. Era la víctima del despojo quien corría con el peso del daño, sin que tuviera la posibilidad de intentar una reclamación para obtener una reparación del perjuicio (Bustamante A., 2003, p. 9).

La responsabilidad pública estatuida en la Carta de 1991, haciendo eco de los avances internacionales en la materia, se insinúa como una garantía para el ciudadano, iniciativa del constituyente de 1991 por positivizar un sistema de responsabilidad fundamentado en el daño antijurídico, con lo cual “se desplaza el soporte de la responsabilidad administrativa del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado al concepto objetivo de la antijuridicidad del daño”. (García D., 2009, p. 118).

Por eso el derecho administrativo en Colombia, particularmente el derecho de daños, viene siendo testigo de la materialización de un sistema de responsabilidad estatal por fin con respaldo constitucional y legal expresos, lo que debe entenderse como una verdadera garantía y respeto por los derechos de los administrados, sentir que comparte la doctrina al afirmar:

Lo relevante es la víctima y no la actividad del Estado, ya que prima la tutela de la dignidad humana, el respeto de los derechos constitucionalmente reconocidos, y de los derechos humanos. Su fundamento se encuentra en la interpretación sistemática del preámbulo, de los artículos 1, 2, 4, 13 a 29, 90, 93 y 94 de la Carta Política, y en el ejercicio de un control de convencionalidad de las normas que, por virtud del bloque ampliado de constitucionalidad, exige al juez contencioso observar y sustentar el juicio de responsabilidad en los instrumentos jurídicos internacionales (tratados, convenios, acuerdos, etc.) de protección de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, bien sea que se encuentren incorporados por ley al ordenamiento jurídico nacional o que su aplicación proceda con efecto directo atendiendo su carácter de *ius cogens* (Brewer-Carías A. y Santofimio, 2013, p.p. 150 y 151).

Se itera, entonces, que la responsabilidad del Estado consagrada en la Carta Política de 1991, se propone como una cláusula general que se traduce en una prerrogativa para los ciudadanos ante el desbordante poder estatal porque, ante la eventual causación de daños antijurídicos, lo menos que se espera es que el ente público repare los perjuicios que cause con su actuar nocivo. En este sentido las condenas que emita la jurisdicción competente, además de perseguir la reparación integral del daño, deben constituir un aval de no repetición, de un llamado de atención al Estado para que en lo posible evite, o al menos morigere, la causación de daños a los asociados. En esta dirección,

Debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que

debe contribuir con un efecto preventivo que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada (Santofimio J., 2017, p.p. 528 y 529).

En esta misma línea sostiene el mentado autor que “la constitucionalización de la responsabilidad del Estado se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación e interés”.(Santofimio J., 2017, p. 523). Elevar, entonces, a rango constitucional la responsabilidad del Estado debe materialmente traducirse en un redonde de garantías y prerrogativas para el ciudadano frente al desbordante poder estatal, y así debe entenderlo también la jurisprudencia al momento de decidir casos concretos en los que se analice la responsabilidad extracontractual patrimonial pública.

La cláusula de responsabilidad pública estatuida en el artículo 90 de la Constitución Política está fundamentada en el daño antijurídico, como una evidente manifestación de la voluntad del Constituyente de 1991 por plasmar un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado favorable a la víctima. La doctrina nacional señala al respecto:

Con ese propósito, se tuvo por referencia la experiencia de España, que en la Constitución de 1978 había elevado a rango constitucional esta institución, introduciendo disposiciones que de manera expresa regulaban la responsabilidad patrimonial del Estado.

Pero por otra parte quiso el constituyente, bajo el influjo de Juan Carlos Esguerra Portocarrero, proponer un régimen de responsabilidad patrimonial del Estado, radicado en un nuevo fundamento de carácter objetivo, que prescindiera de la falla del servicio, que era el criterio de atribución sobre el cual gravitaba esta forma de responsabilidad de tiempo atrás en la jurisprudencia de nuestro país(Serrano L., y Tejada, 2014, p. 351).

Se desprende de lo anterior que el anhelo del constituyente de 1991, al darle vida jurídica al artículo 90 superior, fue el de instaurar en Colombia un sistema único de responsabilidad pública fundamentado en el daño antijurídico, con replanteamiento de los diversos regímenes de imputación de responsabilidad preexistentes a la Constitución de 1991, especialmente el régimen de naturaleza subjetiva, con su tradicional falla del servicio.

Con base en la categoría de daño antijurídico, y de acuerdo con las exposiciones de motivos al interior de la Asamblea Nacional Constituyente, es posible concebir que la responsabilidad pública establecida en el artículo 90 constitucional tiene un cariz objetivo. Sin embargo el asunto no es pacífico, pues la noción de daño antijurídico que yace al interior de la norma en cita ofrece dificultades interpretativas, lo que precisa de un detallado análisis, tal como conceptúan algunos doctrinantes:

El punto es de importancia, en la medida en que puede concebirse que la fórmula constitucional supuso un cambio radical en la naturaleza de la responsabilidad, al punto de haberla tornado objetiva, suponiendo entonces que no pueden existir eventos en los cuales, al faltar la acreditación de la falla del servicio, la responsabilidad sea improcedente. Es una hipótesis importante para constatar, pues de ella misma dependerá la naturaleza misma de la responsabilidad extracontractual del Estado(Henao J., 1996, p. 761).

Y es que el concepto en sí mismo entraña dificultades tanto semánticas como normativas. Con relación a lo primero, porque la norma superior no define qué se entiende por daño antijurídico, lo que obliga acudir a las elaboraciones conceptuales que en la materia han tejido tanto la doctrina como la jurisprudencia. Y con relación a lo segundo, porque la categoría daño antijurídico no es una creación del derecho interno, sino que es propia de ordenamientos jurídicos foráneos, y en esta medida para entender el alcance de la cláusula de responsabilidad en el derecho patrio, se requiere de un

ejercicio conceptual que permita conocer e interpretar el contexto del cual se extrae la noción, así como su incorporación al ordenamiento jurídico colombiano.

De esta forma, y con el fin de plasmar un intento por desentrañar el significado, alcance y consecuencias de la apropiación en el plano nacional del concepto foráneo que concita la atención de este estudio (el daño antijurídico), como el sustrato teórico de una institución determinante e influyente en un ordenamiento jurídico determinado, como lo es la responsabilidad del Estado, se acudirá a algunas confecciones teóricas sobre la interpretación constitucional planteadas por la doctrina, principalmente la foránea. Se espera que esos aportes doctrinales brinden elementos de juicio que permitan explicar, en términos generales, el proceso de traspolación desde el ordenamiento jurídico español al ordenamiento jurídico colombiano, del polémico concepto de daño antijurídico. En este aspecto puntual, serán también de basilar importancia algunas elaboraciones doctrinales sobre la trasmutación de las teorías foráneas del derecho.

No obstante, y de manera preliminar, debe ponerse de presente que con el advenimiento de la Carta de 1991 cobra vida jurídica un novedoso régimen de responsabilidad estatal, tanto contractual como extracontractual. En lo tocante a responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado, se recalca, parece que se instaure un sistema de responsabilidad puramente objetivo, cuyo fundamento conceptual es el daño antijurídico (Tamayo J., 2012, p.17), haciendo pensar que los regímenes y títulos de imputación de responsabilidad son temas del pasado, especialmente los de índole subjetiva.

Y es que las primeras sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa en asuntos de responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado, inmediatamente

posteriores a 1991, dejan ver que la responsabilidad anclada en la noción de daño antijurídico configura un indiscutible sistema objetivo de responsabilidad, con lo cual se reemplazaba el régimen subjetivo de responsabilidad pública (Consejo de Estado, sentencia del 31 de octubre de 1991. Consejero Ponente: Julio César Uribe. Radicación número 6.515). No obstante, el asunto lejos de estar definido presenta retos e inquietudes, ya que la responsabilidad estatal consagrada en el artículo 90 constitucional sugiere, para un gran sector de la doctrina y la jurisprudencia, que tanto el régimen subjetivo de responsabilidad del Estado como su título de imputación, la falla del servicio, no solo están vigentes, sino que son las teorías con base en las cuales, en la actualidad, debe iniciarse el estudio de responsabilidad en casos puntuales.

En consecuencia, el problema que se plantea en la presente disertación estriba en determinar si la responsabilidad estatal que yace en el artículo 90 superior es esencialmente de naturaleza objetiva. A partir de ello, analizar el papel de la falla del servicio dentro de ese esquema de responsabilidad patrimonial pública y, finalmente, conceptuar sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del régimen subjetivo de responsabilidad patrimonial del Estado según la jurisprudencia del Consejo de Estado

Con relación al control de constitucionalidad, cuya facultad preferente y concentrada radica en la Corte Constitucional, este mecanismo aplica sobre actos que formal y materialmente revisten el carácter de leyes. Sin embargo, en el acápite respectivo se razonará sobre la viabilidad de que este control opere sobre las reglas y criterios interpretativos expuestos por el Consejo de Estado sobre el tema contenido en el artículo 90 constitucional, teniendo en cuenta que el objetivo central de este trabajo es plasmar al final una posición sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del

régimen subjetivo de responsabilidad del Estado y de los títulos de imputación dentro de ese marco interpretativo del Consejo de Estado.

Retomando el asunto problemático de este trabajo, habrá de analizarse si la exigencia de un título jurídico de imputación determinado, particularmente de naturaleza subjetiva, puede eventualmente tornarse inconveniente y desventajosa para la víctima reclamante, teniendo en cuenta la actividad probatoria significativa que debe desplegar para sacar adelante su pretensión resarcitoria.

Para un sector de la doctrina la víctima de un daño antijurídico irrogado por el Estado, y sometida a una carga probatoria rigurosa, está inmersa de entrada en una situación desventajosa porque:

La valoración de la conducta del Estado con los títulos de imputación, ha conducido a que los particulares vean frustrado su derecho natural a ser resarcidos por los daños que el Estado les causa, porque en criterio de los jueces el Estado no ha incurrido en fallas que permitan deducir su responsabilidad (García D., 2009, p.173).

Si se parte de que la anterior afirmación es categórica, entonces las garantías constitucionales que informaron las plenarias de la Asamblea Nacional Constituyente en relación con el novedoso sistema de responsabilidad estatal que cobró realidad jurídica con la Constitución Política de 1991 no es un dechado de virtudes, ya que si

Para determinar la responsabilidad estatal (por la causación de daños antijurídicos) se debe establecer el desvalor de la conducta estatal, nada nuevo se habría introducido con el artículo 90 y con la radicación de la antijuridicidad en el daño, porque la responsabilidad dependería de la demostración de un título de imputación, tal como funcionó la responsabilidad estatal antes de 1991 (García D., 2009, p. 173).

Así planteadas las cosas, y partiendo de la noción de daño antijurídico como fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado, el presente trabajo académico conllevará un análisis crítico del régimen subjetivo de responsabilidad pública, junto con su título de imputación, lo cual se hará desde la doctrina y la jurisprudencia, pretendiendo sustentar al final del trabajo una postura razonada sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de dicho régimen y del título de imputación de responsabilidad que lo desarrolla, en el contexto del Estado Social de Derecho y a partir de una detenida lectura del pluricitado artículo 90 superior.

Este ejercicio epistemológico tendrá el siguiente derrotero: Una primera parte se denominará “Regímenes y títulos de imputación de responsabilidad del Estado. Análisis desde la doctrina”. En este acápite, tal como lo enuncia el título, se tratará la temática exclusivamente desde la doctrina y se abordarán los siguientes subtemas: “Cuestiones previas”; “Los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado”; “La causalidad y la imputación”; “Diferencias entre régimen de responsabilidad y títulos de imputación”; “Los regímenes de responsabilidad del Estado y sus respectivos títulos de imputación. Clasificación”.

Una segunda parte del trabajo llevará por nombre “Los títulos de imputación de responsabilidad del Estado. Análisis desde la jurisprudencia del Consejo de Estado”. Aquí se hará referencia al tratamiento jurisprudencial de los regímenes de responsabilidad estatal y de los títulos de imputación que militan al interior de cada régimen, procurando hacer dicho análisis en un orden cronológico de algunos fallos del Consejo de Estado. Se abordarán los siguientes subtemas: “Orígenes de los regímenes de responsabilidad del Estado y de los títulos de imputación”; Concepto de causalidad e imputación”; “Los diferentes regímenes de responsabilidad y sus títulos de imputación en la jurisprudencia administrativa”.

La tercera parte de este escrito monográfico se titulará “Constitucionalidad del régimen subjetivo de responsabilidad extracontractual del Estado”. El desarrollo de este acápite conllevará un análisis general (desde la doctrina y la jurisprudencia) de la responsabilidad patrimonial del Estado contenida en el artículo 90 de la Constitución Política, haciendo hincapié en cada uno de sus regímenes. Se abordará el estudio de la citada norma desde sus orígenes e incorporación oficial como texto constitucional, teniendo como fundamento el daño antijurídico. Algunas teorías de interpretación constitucional utilizadas por la doctrina foránea permitirán el análisis de esa génesis normativa, centrando gran parte del examen en la adopción del daño antijurídico como sustrato de responsabilidad estatal, teniendo como referencia las motivaciones al interior de la Asamblea Nacional Constituyente. Este concepto será estudiado desde su entorno originario, o sea, el ordenamiento jurídico español, haciendo hincapié en el tipo de responsabilidad que implica en esa latitud. Finaliza este acápite con una posición personal respecto de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del régimen subjetivo de responsabilidad, acorde con el tratamiento de la doctrina y de la jurisprudencia del Consejo de Estado dentro del marco del artículo 90 superior, siendo de relevancia los siguientes aspectos: la idea de Estado Social de Derecho; la intencionalidad y motivaciones del constituyente de 1991 por constitucionalizar la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia; el sistema de garantías que conlleva la constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado; la carga de la prueba en cada uno de los regímenes de responsabilidad; y el componente financiero o presupuestal en relación con el tipo de responsabilidad propuesto.

CAPÍTULO I.

REGÍMENES Y TÍTULOS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. ANÁLISIS DESDE LA DOCTRINA.

1.1 Cuestiones previas.

Preceptúa el artículo 90 de la Constitución Política:

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.

La norma transcrita ofrece en el ordenamiento jurídico colombiano, de manera específica, una cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado (Santofimio J., 2017, p.741), con pretensión de fundamentarla conceptualmente en el daño antijurídico. Con base en este concepto, y de acuerdo con la exposición de motivos realizada al interior de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, parece proponerse una responsabilidad pública de cariz objetivo, tal como lo advierte la doctrina:

Quiso el constituyente, bajo el influjo de Juan Carlos Esguerra Portocarrero, proponer un régimen de responsabilidad patrimonial del Estado radicado en un nuevo fundamento de carácter objetivo, que prescindiera de la falla del servicio, que era el criterio subjetivo de atribución sobre el cual gravitaba esta forma de responsabilidad de tiempo atrás en la jurisprudencia de nuestro país (Serrano L. y Tejada, 2014, p.351).

Tal como quedó consagrada constitucionalmente la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, varios segmentos doctrinarios se avienen en que el primer inciso del artículo 90 expone una responsabilidad pública de talante objetivo (Montoya L., 2017, p.p. 35 y 36).

García opina en idéntico sentido, pero su pensamiento es más radical y escéptico en relación con el tratamiento jurisprudencial de los títulos de imputación dentro del marco de la mencionada cláusula general de responsabilidad del Estado del artículo 90 superior, conceptuando que a partir de dicha consagración normativa ya no es de la esencia la realización de juicios calificatorios de la conducta del Estado, porque ahora el análisis de responsabilidad pública debe partir del daño en sí mismo y de su antijuridicidad. “Bastará con demostrar el hecho administrativo, el daño antijurídico y la relación de causalidad”. (García D., 2009, p. 120).

Antes de 1991, en ausencia de una normatividad clara y expresa sobre responsabilidad del Estado, y ante la necesidad por explicar y resolver la casuística del ramo, jueces y doctrinantes debieron acudir a las elaboraciones foráneas en la materia, especialmente las del derecho francés de daños (Pérez L., 2002, p. 16), ordenamiento jurídico que contaba con importantes construcciones teóricas sobre el régimen subjetivo de responsabilidad. La resolución de las controversias sobre responsabilidad pública, entonces, tuvo soporte normativo en algunos artículos de la Constitución Política de 1886, los cuales de manera difusa insinuaban los fundamentos de la responsabilidad estatal, como bien lo reseña la doctrina:

En vigencia de la Constitución de 1886, la jurisdicción administrativa declaraba la responsabilidad de la administración por los daños causados a los asociados con ocasión del actuar o de la omisión de las autoridades. Esa responsabilidad no tenía una consagración expresa en la Carta Política, pero se dedujo jurisprudencialmente de los artículos 16, 20 y 30, normas que preceptuaban el fin para el cual estaban estatuidas las autoridades de la República, sus límites y el respeto por la propiedad privada y la indemnización previa en caso de expropiación (Arévalo H., 2011, p. 19).

Con anterioridad a la Carta de 1991, entonces, “el fundamento jurídico para la imposición al Estado de la obligación de reparar los perjuicios derivados de su accionar positivo o negativo, radicaba sustancialmente en construcciones normativas formuladas por la jurisprudencia al examinar cada caso”. (Correa R., 2012, p. 6). Sin embargo, no debe pretermitirse el hecho de que inicialmente fue la jurisdicción civil la encargada de conocer los casos de responsabilidad pública, tal como lo documenta la doctrina:

Bajo la Constitución de 1886, le estaba atribuido a la Corte Suprema de Justicia la facultad de dirimir los negocios contenciosos en los que tenía parte la Nación, lo que implicaba una competencia general sobre las controversias relativas a la responsabilidad del Estado, competencia que se extendió hasta el año de 1964(Viveros C., 2015, p.20).

El citado autor enseña que los inicios jurisprudenciales de la Corte Suprema en materia de responsabilidad estatal datan del año de 1896, y se extiende hasta principios de la década de los años sesenta cuando, en virtud del Decreto 528 del 9 de marzo de 1964, se radica de manera definitiva la competencia en el Consejo de Estado para conocer de las controversias de esta naturaleza(Viveros C., 2015, p.27).

En un panorama tal (sin competencia plena y definitiva del Consejo de Estado en asuntos de responsabilidad administrativa), fue la Corte Suprema de Justicia la encargada de hilar sobre estos asuntos, llegando a decidir controversias al amparo de la clásica teoría de la falla del servicio público (Régimen subjetivo), aplicándola a la par de principios de responsabilidad civil (Güechá C., 2012, p. 32). En esta misma dirección sostienen otros autores:

El régimen general de la responsabilidad del Estado era entonces el denominado de la falla del servicio, en el cual éste respondía de los daños causados porque el servicio funcionó mal, funcionó tardíamente o no funcionó. Al lado de ese sistema general, se incluyen los regímenes de responsabilidad objetiva de la

administración, que junto con la responsabilidad extracontractual del Estado empieza a desarrollarse con fundamento en el artículo 16 de la Constitución de 1886, hoy artículo 2º, profiriendo fallos como el del Banco Bananero del Magdalena del 28 de octubre de 1976, reiterado en junio de 1984, dentro de los cuales debe destacarse el de la responsabilidad presunta (por actividades o instrumentos peligrosos), la teoría del daño especial, la responsabilidad por expropiación y por ocupación de inmuebles en caso de omisión de las autoridades públicas(Arévalo H., 2011, p. 20).

Recapitulando, entonces, el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado antes de 1991, y durante el siglo XX, se formó y se desarrolló básicamente a partir del trabajo inicial de la jurisprudencia civil, con fundamentación normativa en los artículos 2.341 y 2.347 del Código Civil(Brewer-Carías A. y Santofimio, 2013, p.p. 145 y 146), pero también con base en los artículos 16, 30, 31, 33 y 36 de la Constitución de 1886(Arévalo H., p. 19) y en los artículos 15 y 23 de la Constitución de 1863, responsabilidad estatal decretada por la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de Colombia como consecuencia de las expropiaciones durante las guerras civiles(Arenas H., 2014, p.p. 18-20) y con un papel más activo del Consejo de Estado, ente que se inclinó por fundamentar la responsabilidad del Estado en normas de derecho público.

Actualmente, con normativa expresa, la jurisprudencia define y establece las reglas de responsabilidad estatalcon preeminente aplicación de las teorías subjetivas, prolongándose ese carácter y tratamiento predominantemente pretoriano que ha tenido el asunto de la responsabilidad pública en Colombia(Correa R., 2012, p. 6).

Este sistema de responsabilidad, jalonado especialmente por los jueces, se ha nutrido en esencia de las teorías normativas de corte subjetivo, pero también ha recurrido a las instituciones de responsabilidad objetiva, con lo cual se tiene que con

mucha antelación a la Constitución de 1991, la jurisprudencia administrativa había aplicado el régimen objetivo de responsabilidad, lo cual se ilustra con algunos ejemplos:

- Consejo de Estado, sentencia del 29 de julio de 1947. Consejero Ponente: Gustavo A. Valbuena. Se trata del mentado pleito del periódico El Siglo, cuya narración fáctica hace relación a la clausura y suspensión del mencionado periódico por parte del gobierno, impidiendo que este circulara durante los meses de julio y agosto de 1944.

El litigio se aborda con la aplicación de la teoría del daño especial (Ruíz W., 2010, p.p. 12-14). La sentencia marca un hito en el derecho administrativo de daños en Colombia, si se tiene en cuenta que por primera vez el Consejo de Estado, sin tener aún la competencia plena en asuntos de responsabilidad estatal, decide fundamentar decisiones con base en argumentos propios del derecho administrativo.

- Consejo de Estado, sentencia del 23 de mayo de 1973. Consejero Ponente: Alfonso Castilla Saiz. Radicación número 978. En esta también la corporación declara responsable al Estado con base en la teoría del daño especial (Ruíz W., 2010, p.p. 14 y 15).

- Consejo de Estado, sentencia del 02 de febrero de 1984. Consejero Ponente: Eduardo Suescún. Radicación número 2.744. Aquí la jurisprudencia administrativa aplica por primera vez la teoría del riesgo excepcional, argumentando que “la responsabilidad administrativa no puede tener como exclusiva condición la falla del servicio” (Pérez L., 2002, p. 37).

- Consejo de Estado, sentencia del 28 de julio de 1987. Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo. Radicación número 4.983. El Consejo de Estado establece la

responsabilidad de la administración pública con fundamento en el daño especial, aduciendo que se le impuso a un ciudadano una carga especial que no tenía por qué sufrir aisladamente(Ruíz W., 2010, p.p. 15 y 16).

No obstante, la utilización del régimen objetivo de responsabilidad por parte de la jurisprudencia para dirimir casos de esta naturaleza, el régimen subjetivo de responsabilidad pública, con la falla del servicio como título que lo desarrolla, sigue constituyendo la teoría de más frecuente uso por parte de la jurisprudencia para estudiar y decidir los casos de responsabilidad pública, antes y después de la Constitución Política de 1991, a tono por con lo aseverado por la jurisprudencia:

La noción de daño antijurídico es invariable cualquiera sea la clase (contractual o extracontractual) o el régimen de responsabilidad de que se trate; consistirá siempre en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar. La diferencia estriba, en consecuencia, en los títulos jurídicos de imputación del daño, determinantes de la causalidad jurídica más allá de la simple causalidad material que se deriva del nexo causal. Así, mientras en la responsabilidad fundada en el contrato, serán títulos jurídicos de imputación, por ejemplo, "los mandatos de la buena fe, igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos" (art. 28, ley 80 de 1993), en la extracontractual lo serán, además, la falla del servicio que es el título de imputación más frecuente, cualquiera que sea el sistema que para su prueba se adopte; la culpa personal en nexo con el servicio, prevista, para citar algunas disposiciones en el inciso 2o. del artículo 90 de la C. N. y en el 77 del C.C.A.; la igualdad de las personas ante la ley (art. 13 de la C. N.); la proporcionalidad en la distribución de las cargas públicas (art. 95 No. 9 y 216 de la C. N., entre otros); el riesgo excepcional establecido, por ejemplo, por la ley 104 de 1993 o en el decreto 444 del mismo año; el error judicial y el anormal funcionamiento de la administración de justicia (art. 40 del C. de P. C., 414 del C. de P.P. etc.), la inconstitucionalidad de la ley declarada judicialmente, y principios de justicia y equidad como éste del no enriquecimiento sin causa (Consejo de Estado, sentencia

del 08 de mayo de 1995. Consejero Ponente: Juan de Dios Montes Hernández. Radicación número 8.118.)(Las subrayas no son del texto original).

La máxima autoridad de la jurisdicción contencioso-administrativa, en relación con el tópico, también ha afirmado:

La falla del servicio ha sido en nuestro derecho y continúa siendo el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete - por principio - una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual(Consejo de Estado, sentencia del 19 de junio de 2008. Consejero Ponente: Myriam Guerrero de Escobar. Radicación número 15.263).

1.2 Los elementos de la responsabilidad del Estado.

Tradicionalmente se ha tenido que para que haya responsabilidad se requiere que exista un daño o perjuicio, una actuación de un sujeto y un nexo causal que permita atribuir el daño a la conducta del sujeto(Saavedra R. , 2008). Eso, en el sentido general de responsabilidad, porque en el campo de la responsabilidad pública el asunto adquiere cierta especificidad en cuanto se requiere, respecto del segundo de los elementos enunciados, que la actuación dañina provenga de la administración, desde luego, materializada en un agente suyo, con la consecuente existencia de un nexo causal entre el daño y la actuación del ente público(Saavedra R., 2008, p. 201).

Otros autores afirman que son tres los extremos que deben tenerse en cuenta en la ecuación de responsabilidad pública estatuida en el artículo 90 constitucional: “1. Un tipo de responsabilidad institucional que abarca los daños que cause cualquier autoridad. 2. Un daño antijurídico producido por falla en el servicio o la responsabilidad objetiva.

3. Y su imputabilidad, por acción u omisión, a una autoridad pública”.(Arévalo H., 2011, p.25).

En relación con el elemento imputabilidad, dice el mentado autor que “se hace necesario, además de establecer la relación de causalidad entre el hecho y el daño, establecer la acción u omisión por parte de la autoridad encargada de prestar el servicio”.(Arévalo H., 2011, p. 93).

Para otro campo de la doctrina, la directriz del sistema de responsabilidad patrimonial contenido en el artículo 90 de la Carta Política de 1991 lo constituye hoy el daño, en particular el que tiene la connotación de antijurídico(Gil E., 2006, p. 38). En este entendido, y establecida la calidad de injusto del daño, lo pertinente es averiguar su origen, lo que implica indagar, más que en su causalidad fenoménica, en su causalidad jurídica, es decir su imputación(Gil E., 2006, p. 42). Según el citado autor, entonces, son dos los elementos de la responsabilidad del Estado: El daño antijurídico y la imputación.

Por su parte, el profesor Santofimio estima que la ecuación de responsabilidad estatal involucra tres elementos básicos: El daño antijurídico, el juicio de imputación y la reparación(Brewer-Carías A. y Santofimio J., 2013. p. 143).

En la línea anterior, hay otros autores que destacan también tres elementos en la ecuación de responsabilidad pública que trae el artículo 90 superior, pero con alguna ligera diferencia: El daño antijurídico, la imputación y la relación de causalidad (Arenas H., 2014, p. 199), elemento este último que destaca el citado autor, en la medida en que la pluricitada norma constitucional, parte final de su primer inciso, hace alusión al elemento causal. Por ello, según este sector doctrinario, la responsabilidad estatal en

Colombia debe estudiarse no solo desde el daño antijurídico y la imputación, sino también desde el nexo causal.

En general, de la lectura doctrinal del artículo 90 constitucional, hay coincidencia generalizada en que en esencia son dos los elementos que gravitan alrededor de la responsabilidad del Estado: la demostración del daño antijurídico y el juicio de imputación, tanto fáctica como jurídica(Viveros C., 2015, p.33).Respecto del primero de estos elementos, esto es, el daño antijurídico, este trabajo académico dedicará la tercera parte a su estudio. El segundo de ellos, o sea la imputación, se tratará a continuación. El elemento causal también será objeto de análisis en el acápite que sigue.

1.2.1La causalidad y la imputación.

Derivar la responsabilidad por daños, en general, no es una tarea simple. En derecho administrativo, particularmente en materia de responsabilidad pública, para la doctrina el asunto adquiere matices de mayor complejidad, pues por ser el Estado una persona jurídica no basta la mera inferencia causal, según la cual la responsabilidad debe caer en el causante del daño, sino que se requiere de toda una elaboración conceptual y normativa que constituya una justificación para atribuir el resultado dañoso al ente estatal. Además de la causalidad, se requiere de una justificación jurídica que permita radicar el resultado en la persona jurídica pública(Serrano L. y Tejada, 2013, p. 194).

En este sentido, y con relación a la atribución del daño, es reiterativa la doctrina al plantear que, una vez verificada su existencia, “se requiere determinar si el mismo es imputable o no a la administración, imputación que se desarrolla a través de dos esferas:

la primera, una imputación fáctica; y la segunda, una imputación jurídica”. (Viveros C., 2015, p. 136).

Con base en lo anterior, entonces, se precisa deslindar dos conceptos que juegan papel importante dentro de la ecuación de responsabilidad: la imputación y la causalidad. Ambos términos, según se desprende de la lectura del artículo 90 superior, son intrínsecos a la tarea epistemológica que debe asumir el operador jurídico en su cometido de establecer si un daño le puede ser atribuido a un ente público respecto del cual se pretende derivar responsabilidad administrativa y patrimonial.

Los dos conceptos en comento, aunque distintos en significados, conforman el segundo elemento de la ecuación: la causalidad hace alusión al sustento fáctico; la imputación se refiere a la atribución jurídica. Sin embargo, ambas nociones están relacionadas con el principio de imputabilidad que se debe predicar de todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado, “según el cual la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica “. (Santofimio J., 2017, p. 524). A continuación se hará referencia a cada uno de los mencionados conceptos.

1.2.2La causalidad

Definir el concepto entraña dificultades, pues las nociones que se tienen del término se consideran habitualmente abstractas, impenetrables, oscuras y, en cualquier caso, muy delicadas(Saavedra R., 2008, p. 201). No obstante, ello no es óbice para que se intente un acercamiento teórico al término en estudio.

Según el Diccionario Esencial de la Lengua, la causalidad tiene dos significados: El primero hace referencia a causa, origen, principio; el segundo refiere

que es la ley en virtud de la cual se producen efectos. También se traduce como la relación de causa a efecto (Real Academia de la Lengua Española, 2005, p. 298).

En derecho civil, por causalidad se entiende el nexo causal eficiente; según el principio de la causalidad, la causa produce el efecto (Tamayo A., 2009, p. 99). La causalidad o vínculo de causalidad, según la doctrina, constituye el tercer elemento de la responsabilidad. Los otros dos son el hecho dañoso y el comportamiento o conducta generadora.

El citado segmento doctrinario conceptúa que la necesidad de la relación de causalidad se desprende del estatuto civil, concretamente de los artículos 2.341 (El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido) y 2.356 (Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta. Son especialmente obligados a esta reparación: 1. El que dispara imprudentemente un arma de fuego. 2. El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche. 3. El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino), siendo necesario, en aras de que prospere la pretensión reparatoria en un caso puntual, “que el perjuicio pueda atribuirse al hecho o a la culpa, (o en general a la actividad), del demandado en responsabilidad civil”. (Tamayo A., 2009, p. 100).

Es enfático el citado tratadista al afirmar que, “el actor en responsabilidad civil, cualquiera que sea el tipo de responsabilidad en que haya fundamentado su acción,

deberá acreditar el vínculo causal entre el perjuicio que alega y el hecho generador de responsabilidad”. (Tamayo A., 2009, p.100).

Se acude a las definiciones del derecho civil porque, tal como se enfatizó en párrafos anteriores, esta parcela del derecho fue decisiva en las etapas iniciales del tratamiento y consolidación de la responsabilidad estatal en el derecho patrio, pues era la jurisdicción civil, en cabeza de la Corte Suprema de Justicia, el órgano competente para conocer y dirimir la casuística de responsabilidad pública.

El aporte del derecho civil fue determinante en esas primeras etapas de la responsabilidad pública en Colombia. Y es innegable que las primeras decisiones que se profirieron en la materia fueron soportadas en principios, reglas y fundamentos normativos del estatuto civil, pero tal como lo señala un sector autorizado de la doctrina:

Comenzó a transformarse cuando en la época de 1940 se empezó a tomar como fundamento de las decisiones el criterio de la responsabilidad por falla del servicio público, aplicándola a la par de principios de responsabilidad civil, lo que determinaba que existiera un criterio mixto en cuanto al régimen jurídico aplicable en los casos de responsabilidad del Estado(Güechá C., 2012, p.32).

En igual sentido, pero en el plano del derecho administrativo de daños, otros doctrinantes sostienen que la causalidad es un elemento fundamental para que se produzca la responsabilidad de la administración por la causación de daños a los asociados, siendo un elemento clave entre la lesión y la imputación (Arenas H., 2014, p. 327). Dice también el citado autor que:

La relación de causalidad se refiere a la comprobación de que una causa normalmente produzca un efecto; esta comprobación es muy complicada en la práctica porque en la vida real para que se ocasione un resultado concurren

muchas causas, las cuales pueden ser determinantes o no y, por tanto, la acreditación del nexo causal en términos absolutos es bastante alejado de la realidad.(Arenas H., 2014, p.p. 329 y 330).

La dificultad en la comprobación del nexo causal, para el profesor Arenas, acorde a la anterior definición, estriba en buscar una teoría que permita seleccionar las diversas causas y atribuirles un valor aplicable a los casos que se quieran solucionar (Arenas H., 2014, p. 330).

El profesor Enrique Gil Botero, en relación con el concepto de causalidad, afirma:

Conforme con el artículo 90 de la Constitución Política, los elementos de la responsabilidad de la administración pública quedan reducidos a la comprobación de un daño antijurídico y su imputación a una entidad o autoridad estatal. En este orden de ideas, la imputación va más allá de la simple causalidad, puesto que este presupone la existencia de un daño como entidad material o fenoménica. Es decir, una vez verificada la existencia de un daño, es indiscutible que tuvo una génesis material o causal, hecho irrelevante para el derecho, precisamente porque se mantiene en el plano de las ciencias naturales, es decir, en la relación causa y efecto (Gil E., 2013, p.p. 54 y 55).

Contrario a lo sostenido por el citado autor en la última parte de su afirmación, se conceptúa que el hecho material o realidad fenoménica sí es relevante en el campo del derecho de daños, pues a partir de su materialización es factible iniciar un juicio de imputación jurídica, lo cual permitirá determinar si el hecho dañoso le es atribuible al Estado con miras a establecer su responsabilidad. Sin embargo, se aclara, no todo hecho humano es relevante para el derecho, y particularmente para el derecho administrativo de daños, sino aquél que en su materialización produce un resultado dañoso del cual puedan derivarse unos efectos jurídicos.

Sobre el mismo tópico, otros autores afirman que “para determinar el grado de responsabilidad del obligado es necesario probar la relación de causalidad entre el daño y el hecho que lo generó. A esto se le conoce como nexo causal, imputabilidad fáctica (*imputatio facti*), vínculo material”. (Correa R., 2012, p. 57). De ello se deduce que, en cierta forma, la génesis material del hecho dañoso si reviste importancia jurídica, ya que a partir de este principia todo el proceso de imputación, como se expondrá más adelante.

Para Bustamante, el nexo de causalidad

Es el vínculo que debe existir entre dos o más fenómenos, uno o varios de los cuales deben preceder al otro o a los otros y el cual tiene una doble connotación: una de carácter natural o material y otra de naturaleza jurídica, que a su vez está íntimamente ligada con el concepto de la imputabilidad (Bustamante A., 2003, p. 51).

Se establece, con apoyo en lo sostenido por el citado tratadista, que la causalidad está relacionada con el suceso fenoménico, el hecho fáctico o material.

Otros autores dicen que la causalidad hace relación al plano estrictamente fenoménico o natural y que sirve de soporte o puntal necesario a la configuración del daño (Pinzón C., 2014, p. 345). O sea, el nexo causal, es el primer estadio dentro del proceso de imputación, que consiste en la atribuibilidad material de un hecho dañino. Es la denominada *imputatio facti*, elaboración a partir de la cual se determina el origen de un resultado que se adjudica a un obrar, por acción u omisión, y que se reduce a la causalidad material.

Más doctrinantes, en relación con el término que se escudriña, conceptúan:

La relación de causalidad es otro de los elementos que tradicionalmente ha exigido la doctrina y la jurisprudencia para que se configure la responsabilidad del Estado. El nexo causal aparece, así como el elemento que permite vincular el daño

con el responsable de mismo, de forma que para que pueda ser declarada la responsabilidad debe establecerse una relación de causa a efecto entre el actuar administrativo y el daño. En ese orden de ideas, el nexo causal se convierte en una condición indispensable para la procedencia de la responsabilidad administrativa de forma que, teóricamente, sin vínculo causal que una el actuar administrativo con el daño, no es procedente la declaratoria de responsabilidad estatal(Serrano L., y Tejada, 2014, p.p. 190 y 191).

Unestamento doctrinario másse suma a la definición del término en cuestión señalando que “en su definición básica, la causalidad es entendida como el vínculo, nexo o ligamen que une la causa a un efecto, siguiendo el principio que todo tiene una causa y que, en las mismas condiciones, las mismas causas producen los mismos efectos”(Brewer-Carías A., y Santofimio, p. 175).

De lo expuesto se concluye que la causalidad hace relación al fenómeno natural o hecho material, susceptible de comprobación a través de los sentidos, acorde con las teorías y leyes de la física y, en general, de las ciencias naturales.

1.2.3 La imputación

Una primera definición del término la trae el Gran Diccionario de la Lengua Española, según el cual imputar proviene del latín *imputare*, que *significa* atribuir a alguien la responsabilidad de un hecho reprochable(Real Academia Española, s.f.).

Por su parte, el Diccionario Enciclopédico Larousse refiere que imputar significa atribuir a otro una culpa, delito o acción, la responsabilidad.

Sectores de la doctrina administrativa tienen que el término imputación proviene del vocablo latino *imputatio*, el cual es utilizado para atribuir a una persona la responsabilidad por su actuar censurable o reprochable(Viveros C., 2015, p. 103).

También, según la doctrina, “la imputación comprende una justificación del reproche más que la constatación de la nuda causación material del hecho” (Pinzón C., 2014, p. 75). La imputación es una explicación normativa de la atribución de responsabilidad.

Imputar no sólo hace referencia a “encontrar la causalidad del hecho dañino, sino, teniendo en cuenta que la administración es una persona jurídica, encontrar los títulos que justifican su imputación para lograr acoplar ese reproche con el orden preestablecido”. (Pinzón C., 2014, p. 75).

Otra definición doctrinaria del concepto imputación es del siguiente tenor:

La imputación en el campo que nos ocupa se refiere a la atribución jurídica del perjuicio causado por el respectivo comportamiento dañino. Se realiza a través de un juicio de causalidad tratándose de un comportamiento positivo que produce un daño mediante el uso de las diferentes teorías de causalidad que ha desarrollado la jurisprudencia de nuestro Consejo de Estado (Arboleda J., y Botero, 2015, p.p. 54 y 55).

Con base en esta definición, la mera causación física del hecho dañoso es insuficiente para realizar un juicio de responsabilidad estatal, lo que hace obligatorio acudir a la noción de imputación, o sea, la elaboración jurídica que permite comprender y atribuir el hecho dañoso en cuanto generador de responsabilidad.

Coincide la doctrina al afirmar que la imputación es el segundo elemento de la ecuación de responsabilidad patrimonial pública, constituyendo ésta la “posibilidad de ser atribuido el daño al Estado, debido a su acción u omisión en un caso específico”. (Arenas H., 2014, p. 66). Con apoyo en la tradicional definición del concepto expuesta por García de Enterría, el profesor Arenas complementa su definición afirmando que la imputación se refiere a un “fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto

determinado del deber de reparar un daño, con base en la relación existente entre aquél y éste”(Arenas H., 2014, p. 66).

Planteadas así las cosas, y en orden a establecer la responsabilidad pública por la causación de daños, es palmario para un amplio segmento de la doctrina que no basta la mera constatación física del hecho nocivo; se requiere, además, una atribución jurídica o normativa, o lo que es lo mismo, se precisa de una atribuibilidad material, de una construcción lógico-jurídica, una especie de ficción jurídica que, tan pronto se determina el vínculo causal o la constatación material del hecho dañino, permite determinar a quién se ha de atribuir la obligación de responder por ello(Saavedra R, 2008, p.p. 201 y 202).

Actualmente, estima la doctrina, todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado conlleva el principio de imputabilidad, el cual hace referencia a la necesidad de encontrar un sustento fáctico y uno normativo o atribución jurídica que permitan endosar el daño antijurídico en cabeza del Estado(Santofimio J., 2017, p. 524).O sea, la imputación, como un fenómeno jurídico, tiene una doble connotación: una imputación fáctica y una imputación jurídica.

En relación con la primera, y con fundamento en Consejo de Estado, sentencia del 25 de julio de 2002. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez, la doctrina dice que la imputación fáctica hace referencia a “las indicaciones históricas referidas a los hechos en los cuales el demandante edifica sus pretensiones, o el simple señalamiento de las causas materiales; en cambio las imputaciones jurídicas aluden a la fuente normativa de deberes y de obligaciones en las cuales se plasma el derecho de reclamación”(García D., 2009, p. 118).Es decir, es la valoración de la conducta del Estado en busca de una falla del servicio, de un daño especial o de un riesgo

excepcional, con miras a determinar su responsabilidad estatal por la materialización de un daño antijurídico.

Se tiene entonces, con asidero en lo expuesto, que la imputación jurídica o *imputatio iure*, hace relación a la necesidad de establecer un fundamento o una razón jurídica que determine el deber en cabeza de la autoridad pública de reparar el daño con la consecuente indemnización de los perjuicios que se causen. Estas razones o fundamentos normativos encuentran aplicación en los denominados títulos de imputación de responsabilidad(Viveros C., 2015, p.136).

En síntesis, imputación es diferente de causalidad, pero ambos son conceptos que se entrelazan al momento de analizar en un caso específico la responsabilidad estatal. Los dos vocablos, según la doctrina, hacen parte del denominado principio de imputabilidad(Santofimio J., 2017, p. 524).

1.3Diferencias entre régimen de responsabilidad y títulos de imputación.

Se considera en este trabajo, por cuestiones metodológicas, diferenciar los vocablos régimen y título. Es habitual que tanto doctrina como jurisprudencia, quizá de manera involuntaria, utilicen los términos indistintamente, incurriendo en imprecisiones conceptuales al tratar el asunto. Imprecisiones que van más allá del simple manejo indiscriminado y arbitrario tanto de términos y conceptos como de los criterios de interpretación de la existencia misma de la responsabilidad(Correa R., 2012, p. 21). Por mencionar de entrada solo un aspecto, y tal como quedó reseñado páginas atrás, la jurisprudencia inmediata a la vigencia del artículo 90 superior, estimó que el tipo de responsabilidad estatal derivado de dicha norma tenía un cariz netamente objetivo, tal como se constata en Consejo de Estado, sentencia del 31 de octubre de 1991. Consejero Ponente: Julio César Uribe Acosta. Radicación número 6.515y Consejo de Estado.

Sentencia del 30 de julio de 1992. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández. Radicación número 6.897.(Arenas H., 2014, p.p. 195 y 196).

Esta sola situación, contentiva de un debate inacabado, no deja de ser en la actualidad problemática si se tiene en cuenta que actualmente algunos sectores de la doctrina estiman que con la consagración expresa de la cláusula general de responsabilidad estatal cimentada en el daño antijurídico, se descarta la necesidad de realizar juicios calificatorios de la conducta causante del daño, y por ende la necesidad de los títulos de imputación dentro del análisis de esa responsabilidad del Estado (García D., 2009, p. 173).

Teniendo como axioma la anterior explicación, el presente acápite pretende deslindar las nociones de régimen y título de imputación, señalando las imprecisiones conceptuales en las que ha incurrido alguna parte de la doctrina al estudiar el tema de la responsabilidad extracontractual del Estado. En esta línea, es de recibo la afirmación que hace la doctrina:

Es muy recurrente encontrar en la jurisprudencia y en la doctrina imprecisiones en la utilización de las nociones de sistema de responsabilidad, régimen de responsabilidad, régimen de imputación, título jurídico de imputación, reglas de imputación, reglas de responsabilidad, principios de imputación, etc., lo cual ha dificultado un entendimiento lógico y coherente de la responsabilidad desde el punto de vista científico-jurídico(Correa R., 2012, p. 21).

Compartiendo este sentir, y con el fin de lograr una claridad conceptual y terminológica que permitan una mejor exposición de la problemática a tratar, se estima conveniente establecer las diferencias y relaciones que existen entre las nociones de régimen de responsabilidad y títulos de imputación de responsabilidad.

La palabra régimen no es unívoca; todo lo contrario, tiene muchas acepciones. Para los efectos que se persiguen en esta disertación, se utilizará el significado que más se corresponda con la temática que se expone. Según el Diccionario Esencial de la Lengua Española, la palabra régimen hace alusión al conjunto de normas que gobiernan o rigen una cosa o actividad. También se define como el sistema político y social por el que se rige una nación o un determinado territorio.

Correa afirma que “los regímenes se componen sustancialmente de normas, y sus principios, por tanto, serán los dados por el sistema al que aquellos pertenezcan”. (Correa R., 2012, p. 68). Así, según el autor en cita, puede deducirse que el régimen se caracteriza por la especificidad en el tratamiento de un tema o materia.

Por su parte, un título de imputación hace relación a las razones jurídicas que debe tener en cuenta el operador jurídico para establecer la obligación que se radica en cabeza de Estado de reparar el daño antijurídico, asumiendo las consecuencias del daño el causante del mismo y no la víctima (Correa R., 2012, p.71). Para el citado autor, el título de imputación se construye a partir de elementos propios que lo identifican y son determinantes en la formulación de un sistema de responsabilidad (Correa R., 2012, p. 72).

También define la doctrina los títulos de imputación como los fundamentos subjetivos y objetivos que permiten deducir responsabilidad del Estado antes de que existiera precepto normativo específico (García D., 2009, p.119). Un título de imputación ofrece una serie de razonamientos que permiten atribuir jurídicamente un resultado lesivo con miras a lograr su reparación. Es decir, el título de imputación constituye la razón jurídica por la cual el Estado debe reparar el daño (Correa R., 2012, p. 71).

De igual manera sostiene la doctrina que los títulos de imputación de responsabilidad constituyen los razonamientos teóricos y argumentativos que materializan y desarrollan el principio de imputabilidad que gobierna la temática de la responsabilidad del Estado, principio “según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica”(Santofimio J., 2017, p. 524).

Se recalca, entonces, que un título de imputación es el ejercicio argumentativo que ofrece los criterios jurídicos que permiten establecer si en un caso puntual existe o no la obligación reparatoria del daño, con la consecuente indemnización de perjuicios. Bajo el concepto de título de imputación se recogen los criterios jurídico-normativos que van más allá de la mera casualidad o hecho naturalísimo, lo cual permite explicar la atribuibilidad del daño.

Por su parte, un régimen de responsabilidad indica todo un sistema de conceptos, instituciones y teorías jurídicas a través de las cuales se estudia el particular tema de la responsabilidad estatal. El régimen denota una gran amplitud conceptual, en tanto que un título de imputación indica más especificidad. El título de imputación desarrolla el régimen de responsabilidad. En los títulos de imputación se materializan las teorías jurídico-normativas de imputabilidad utilizadas por la jurisprudencia para analizar la responsabilidad estatal antes y después de la Constitución de 1991(García D., 2009, p. 171).

No obstante las diferencias entre los conceptos bajo análisis, hay sectores de la doctrina que no reparan en esa situación, tal como se expone inmediatamente.

Para algunos autores régimen de responsabilidad y título de imputación son lo mismo. Tal sinonimia en la terminología se constata cuando expresan que “los

regímenes de responsabilidad actualmente considerados por la jurisprudencia del Consejo de Estado son: a) la falla del servicio, b) el riesgo excepcional y c) el daño especial”. (Arboleda J., y Botero, 2015, p.56).Realmente estas tres categorías se denominan títulos de imputación y no regímenes.

En la misma línea otros tradicionales sectores de la doctrina utilizan de manera indistinta los conceptos:

La actuación de la administración constituye uno de los elementos necesarios para atribuirle responsabilidad, es decir, para imputarle el daño según el nexo causal existente entre tal actuación y el daño. Pero esa actuación administrativa puede ser calificada de acuerdo con diversos regímenes según el fundamento y los presupuestos sobre los cuales se estructura la responsabilidad. Por una parte, está el régimen de responsabilidad por culpa o falla del servicio, o de responsabilidad subjetiva, llamado también de responsabilidad por mal funcionamiento. Este régimen se complementa con el de los sistemas objetivos de responsabilidad sin culpa o por actuaciones lícitas de la administración. Y como sistema totalmente diferente, aparece el de responsabilidad por daño antijurídico que se presenta como un régimen completamente objetivo(Saavedra R., 2008, p.p. 229 y 230).

Incorre el citado autor en un uso indistinto de las nociones de régimen y título, pues se refiere al régimen subjetivo de responsabilidad con el apelativo de falla del servicio, siendo en realidad este un título de imputación que se enmarca dentro de ese régimen subjetivo o con culpa.

Apropiado resulta, para continuar en esta línea, mencionar un sector más de la doctrina que imprime un uso indiscriminado a las nociones de título y régimen, evidenciando la falta de claridad en la utilización de algunos de los vocablos que giran alrededor del tema de la responsabilidad pública:

En Colombia existen dos títulos de imputación en materia de responsabilidad estatal, que son el subjetivo, como regla general y el objetivo, para casos específicos. El único título que requiere la presencia de la culpa es el de la falla del servicio, por oposición a los títulos sin culpa que son el daño especial y el riesgo excepcional(Arenas H., 2014, p. 308).

Es evidente la sinonimia terminológica en relación con los conceptos de régimen y título en la cita que precede, pues en el plano nacional son más de dos los títulos de imputación que conciben la jurisprudencia y la doctrina en relación con el estudio de la responsabilidad extracontractual pública, como son la falla del servicio, el daño especial, el riesgo excepcional, el mal funcionamiento de la administración de justicia(Viveros C., 2015, p. 151), la confianza legítima(Valbuena G., 2015, p. 737), entre otros. En cambio, son dos los regímenes de responsabilidad extracontractual del Estado: el subjetivo o con culpa, desarrollado por la falla del servicio; y el objetivo, siendo sus principales títulos el riesgo excepcional y el daño especial.

Pero también hay segmentos de la doctrina que, aun cuando no reflejan un interés explícito en diferenciar las nociones de régimen y título, dejan ver el deslinde conceptual. Pinzón, por ejemplo, señala:

Más adelante, a partir de 1918, el Consejo de Estado francés, ante la dificultad probatoria y, sobre todo, con el ánimo de impedir decisiones injustas, como rememora Parada (sic), edificó el juicio de reproche administrativo en algunas oportunidades sobre la idea de riesgo, y en otras por lesión anormal, conceptos que venía aplicando solo para daños ocasionados por las obras públicas (por ejemplo la Ley 28 de Pluvioso del año VIII), lo que dio origen a los regímenes más elaborados que hoy se consagran tanto en ese sistema como en el nuestro, los que se agrupan en la denominada responsabilidad por falta del servicio (faute de service) y en los restantes regímenes de responsabilidad sin falta, que se circunscriben al riesgo excepcional y lo que contemporáneamente se ha

denominado como daño especial, trasunto fidedigno de los títulos de imputación reconocidos en la sistemática colombiana (Pinzón C, 2014, p. 84).

Esa diferencia conceptual se refleja en otro apartado de su obra al afirmar que en el caso de la sistemática colombiana los títulos de imputación tradicionalmente han sido la falla - presunta o probada; el riesgo excepcional y el daño especial (Pinzón C., 2014, p. 76).

El autor en comento también deja ver la disimilitud entre las nociones de régimen de responsabilidad y título de imputación cuando sostiene que en Colombia, siguiendo muy de cerca la tradición jurídica francesa, los regímenes de imputación de responsabilidad tienen desarrollo en la casuística judicial de ambos países, apareciendo como regímenes objetivos, dentro de la casuística que ha concebido el Consejo de Estado colombiano, con apoyo en la doctrina foránea, el riesgo excepcional y el daño especial (Pinzón C., 2014, p.p. 88 y 89).

Otros doctrinantes también reafirman esa diferencia conceptual. Por ejemplo, el profesor Wilson Ruíz Orejuela deja ver una apreciable claridad conceptual entre las nociones de regímenes y títulos de imputación. En el capítulo primero de su obra, afirma que esa sección del texto “ilustra sobre los aspectos inolvidables y consustanciales a los regímenes de responsabilidad del Estado, a través de un repaso por los principales sistemas de imputación”. (Ruíz W., 2010, p. 1). Es de anotar que para este doctrinante título es sinónimo de sistema; ambos vocablos, en todo caso, distintos de la terminología régimen de responsabilidad.

También señala el citado autor que

La falla en el servicio corresponde al régimen de responsabilidad subjetiva, donde predomina la culpa de la administración por extralimitación de funciones, retardo

en el incumplimiento de obligaciones, obligaciones cumplidas de forma tardía o defectuosa, o por el incumplimiento de obligaciones a cargo del Estado (Ruíz W., 2010, p.2).

En relación con los títulos de imputación de daño especial y riesgo excepcional, sostiene Ruíz que dichas categorías se habían tratado como parte de los sistemas objetivos de responsabilidad mucho antes de la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991 (Ruíz W., 2010, p. 20). Este sector doctrinario, en consecuencia, tiene clara la diferencia entre regímenes de responsabilidad y títulos de imputación de responsabilidad.

Algunos doctrinantes son prístinos diferenciando los conceptos bajo análisis, lo cual se evidencia cuando afirman: “La falla del servicio, como título de imputación predominante dentro del régimen de responsabilidad subjetiva de responsabilidad estatal, ha sido desarrollada y explicada por el Consejo de Estado en cuanto a su concepto y elementos”. (Viveros C., 2015, p. 138). Claridad que es notoria cuando también expone: “Abordar el estudio de los títulos que integran el régimen objetivo de responsabilidad, ha sido tarea ardua para la doctrina y la jurisprudencia”. (Viveros C., 2015, p. 162).

De acuerdo con la exposición precedente, dable es sostener que régimen es distinto de título. Y si habría de establecer alguna relación entre los vocablos objeto de escrutinio, ésta sería una relación de género a especie, en donde los regímenes de responsabilidad son el género, y son básicamente de dos tipos: uno subjetivo y uno objetivo. Al interior de cada uno de estos regímenes subyacen unos subsistemas, conocidos doctrinaria y jurisprudencialmente como títulos de imputación, que son los criterios de orden jurídico de los cuales se vale la jurisprudencia para analizar la responsabilidad del Estado en cada caso concreto.

El régimen subjetivo de responsabilidad extracontractual es desarrollado por el título de imputación falla del servicio, en tanto que en el régimen objetivo de responsabilidad se encuadran básicamente los títulos de imputación de daño especial y riesgo excepcional, clasificación de más aplicación práctica y recurrente en la casuística de responsabilidad extracontractual del Estado.

1.4 Los regímenes de responsabilidad del Estado y sus respectivos títulos de imputación. Clasificación.

Antes de 1991 la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia no contaba con norma específica que la desarrollara, por lo que fueron la doctrina y la jurisprudencia las encargadas de elaborar las teorías argumentativas que permitieron sentar las bases conceptuales que dieron lugar a la formación de los diversos regímenes de responsabilidad patrimonial pública (Armenta M., 2009, p. 94).

Uno de esos regímenes es el subjetivo o con culpa, sistema ideal para explicar la casuística en la materia, en el cual se acude a la falla del servicio como el tradicional título de imputación. Pero también jurisprudencia y doctrina concibieron un régimen objetivo de responsabilidad pública, en donde las teorías del daño especial, el riesgo excepcional y otros títulos de imputación, explicaban esa responsabilidad prescindiendo del elemento culpa (Ruiz W., 2010, p.1).

Hoy, a pesar de existir norma constitucional específica que regula la materia, lo cual pudiera llevar a pensar que con la introducción del daño antijurídico como trípode de la responsabilidad pública se instauraba un régimen único de responsabilidad, la situación sigue igual, es decir, los regímenes de responsabilidad y sus títulos de imputación siguen más vigentes que nunca, especialmente el régimen subjetivo, el cual

sigue siendo el destacado y al cual se acude en primer término para definir la responsabilidad del Estado en un caso concreto.

En relación con los denominados títulos de imputación, la doctrina no tiene criterios unificados en cuanto a su clasificación; es clara la divergencia de opiniones a la hora de proponer una tipología de dichos títulos. Algunos autores, que se han dado a la tarea de analizar la temática de la responsabilidad pública en el derecho comparado, conceptúan que los títulos se pueden clasificar de diversas maneras, siendo la más adecuada la del funcionamiento normal del servicio, la del funcionamiento anormal del servicio, la de intervención del riesgo, la del sacrificio especial y la autoimputación(Arenas H., 2014, p. 70).

En el plano nacional, Brewer- Carías y Santofimio en relación con el tema exponen:

En cuanto a la imputación, exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico y b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico, que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio-simple, presunta y probada-; daño especial-desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional(Brewer- Carías A., y Santofimio, 2012, p. 174).

Es decir, los títulos de imputación de responsabilidad del Estado para este sector doctrinario son la falla del servicio, el riesgo excepcional y el daño especial, sentir que comparte el común de la doctrina(García D., 2009, p. 119).

No obstante las coincidencias doctrinarias con la tipología precedente de los títulos de imputación, hay parcelas de esta vertiente del derecho que proponen títulos adicionales, especialmente de naturaleza objetiva. Por ejemplo Ruíz, quien diferencia

con claridad las nociones de régimen y título, expone que dentro del régimen subjetivo de responsabilidad se desarrolla el tradicional título de la falla del servicio; mientras que en el régimen objetivo tienen cabida el daño especial, el riesgo excepcional, la ocupación por trabajos públicos, la responsabilidad por el acto administrativo y la acción in rem verso(Ruíz W., 2010, p. 1).

Otras secciones de la doctrina presentan particulares tipologías de los títulos de imputación de acuerdo con el régimen de responsabilidad al que se encuadren. Así, respecto del régimen subjetivo, se desarrolla la falla del servicio, tanto la probada como la presunta, esta última carente de aplicación jurisprudencial en la actualidad(Correa R., 2012, p.p. 71-75).

En cuanto al régimen de responsabilidad objetiva, Correa señala que integran este régimen los títulos de imputación de riesgo excepcional, el de las actividades peligrosas y las obras públicas, como partes del sub-régimen objetivo por riesgos(Correa R., 2012, p.p. 77 y 88). También concibe un sub-régimen objetivo de responsabilidad basado en la solidaridad, cuyos títulos de imputación son el daño especial, la ocupación de inmuebles por causa de trabajos u obras públicas y la contaminación por fluidos corporales(Correa R., 2012, p.p. 77-97).

Para otros autores(Serrano L., y Tejada, 2014, p.p. 304-345), es claro que existen dos regímenes de responsabilidad extracontractual del Estado: uno subjetivo y otro objetivo. Dentro del primero de estos regímenes se circunscribe la clásica teoría de la falla del servicio; y dentro del segundo, o sea, el régimen objetivo, los autores en mención insertan la teoría del daño especial, la teoría del riesgo excepcional, la responsabilidad por trabajos públicos y la responsabilidad por almacenaje.

En general, la doctrina coincide en señalar que los títulos de imputación de responsabilidad son la falla del servicio, el daño especial y el riesgo excepcional, los cuales exponen teorías subjetivas y objetivas de responsabilidad de acuerdo con el régimen de responsabilidad al desarrollen.

En lo que guarda relación con los regímenes de responsabilidad, la doctrina mayoritaria coincide en que son dos los regímenes de responsabilidad pública en Colombia: uno subjetivo y uno objetivo, dentro de los cuales se agrupan los distintos títulos de imputación(Viveros C., 2015, p. 103).

1.4.1 Régimen subjetivo de responsabilidad estatal

Ha sido este el régimen tradicional con base en el cual se ha estudiado la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia, y en el cual “predomina la culpa de la administración por extralimitación de funciones, retardo en el cumplimiento de obligaciones, obligaciones cumplidas de forma tardía o defectuosas, o por incumplimiento de obligaciones a cargo del Estado”.(Ruíz W., 2010, p.2).

Dentro de este régimen subjetivo de responsabilidad, la constatación del daño va ligada a una actuación ilegítima e irregular de la administración, cobrando suma importancia el elemento culpa, la cual se infiere por la violación de un contenido obligacional a cargo del Estado, lo que implica indagar primero sobre las obligaciones que le competen a la administración en el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales en relación con los asociados(Arévalo H., 2011, p.35).

El régimen subjetivo de responsabilidad estatal ha sido el de mayor aceptación como fundamento del deber indemnizatorio que le asiste al Estado por la causación de daños, y adquiere la connotación de subjetivo porque está basado en la culpa, no la de

un agente individual o determinado, sino de la administración, constituyendo esa culpa una falla del servicio o una falla funcional(Correa R., 2012, p.p. 69 y 70).

A este régimen de responsabilidad subjetiva se le conoce también como régimen de la falla del servicio, según el cual el Estado queda obligado a responder bajo el cumplimiento de ciertos presupuestos: existencia de una falta o falla del servicio de la administración, bien sea por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio; la constatación de un daño, lesión o perturbación de un bien protegido por el ordenamiento jurídico; y una relación de causalidad entre la falta o la falla de la administración y el daño(Armenta M., 2009, p. 94).

En cuanto a los títulos que lo desarrollan, la doctrina informa que el régimen subjetivo de responsabilidad lo integran dos títulos de imputación: la falla del servicio y el mal funcionamiento de la administración de justicia (Viveros C., 2015, p.p. 137-160). No obstante la clasificación anterior, el consenso mayoritario de la doctrina concibe que el título por excelencia del régimen subjetivo es la falla del servicio. La jurisprudencia discurre en el mismo sentido.

1.4.1.1 La falla del servicio

La falla del servicio es el tradicional título de imputación, según el cual se compromete la responsabilidad del Estado “cuando en la producción del daño antijurídico ha sido determinante el no actuar, el actuar tardío, o el actuar defectuoso o irregular de una autoridad en el cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha atribuido”. (Viveros C., 2015, p. 139).

Ruíz conceptúa que la falla en el servicio equivale a acciones u omisiones en las que incurre la administración y que en relación con ellas pueden tornarse irregulares, generando daños imputables al Estado(Ruíz W., 2010, p. 2).

La doctrina es unánime al afirmar que se configura la falla de servicio cuando el servicio funcionó mal, no funcionó, o si este funcionó, fue de manera tardía. Así las cosas, habrá falla del servicio, y por ende responsabilidad pública, “cuando exista un hecho imputable al Estado que constituye un funcionamiento anormal de un servicio a cargo de aquél, con una relación de causalidad entre ese hecho y el daño”. (Correa R., 2012, p.p. 72 y 74).

García refuerza la definición anterior al sostener que “la falla del servicio implica una responsabilidad directa porque se produce un daño debido a que una persona pública no ha actuado cuando debía hacerlo, ha actuado mal o ha actuado tardíamente”. (García D., 2009, p. 119).

La falla del servicio no es una teoría originaria del derecho administrativo patrio, sino, como ha acontecido con muchas instituciones jurídicas, ha sido traída del derecho administrativo francés, ordenamiento este que ha nutrido generosamente el derecho administrativo de daños colombiano. En este sentido sostiene la doctrina:

La noción de falla ha sido tradicional en el ordenamiento jurídico colombiano, en cuanto que las actuaciones irregulares de la administración se han considerado el criterio sustancial para atribuir responsabilidad a la misma por su actividad; el cual no es propio del Derecho Administrativo colombiano, sino que tiene sus antecedentes en el sistema jurídico francés. En efecto, la teoría clásica francesa de responsabilidad del Estado se ha referido a esta clase de responsabilidad como fundamento de la obligación de la administración de indemnizar los perjuicios causados con ocasión de la actuación de las entidades públicas, en cuanto que en la misma se evidencia irregularidad, es decir, una persona jurídica estatal sujeta a

error en el entendido que la misma actuaba a través de sus agentes o servidores, pero que la actividad era atribuible al ente público por no ser posible separarlo del servicio público, de la actividad administrativa. Y si la responsabilidad por falla ha de considerarse como actuación irregular de la administración, es decir, reprochable no solo social sino jurídicamente, es preciso afirmar que debemos identificarla con la culpabilidad, por cuanto en esta se evidencian las formas de actuación irregular de la administración a que se ha hecho referencia (Guechá C., 2012, p. 97).

Tal como se ha sostenido en el decurso de esta disertación, y con sustento en la cita precedente, en el régimen subjetivo de responsabilidad estatal es transversal el elemento culpa y de acuerdo a su título de imputación por excelencia, esto es, la falla del servicio, es necesario acreditar su acaecimiento si se desea obtener la declaratoria administrativa de responsabilidad. El derecho administrativo francés presenta como referencia al respecto los fallos Pelletier y Lemonnier (Long, 2000, p.p. 130-142), según los cuales la culpa personal del servidor público, en ciertas circunstancias especiales, compromete la responsabilidad administrativa.

La teoría de la falla del servicio tiene dos modalidades: la falla probada del servicio y la falla presunta del servicio. Esta última modalidad fue inicialmente expuesta por la jurisprudencia administrativa en Consejo de Estado, sentencia del 30 de julio de 1992. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández. Radicación número 6.897, “sustentada en la desigualdad que significaba imponer la carga de la prueba precisamente a la parte que le resultaba más difícil conseguirla”. (Fernández M., 2009, p. 79).

No obstante, un segmento doctrinario tiene su apreciación personal de esta modalidad de falla del servicio para concebirla más como una “técnica de la carga de la prueba que un régimen de responsabilidad”. (Henaó J., 1996, p. 783). Y aunque

comparte que es con la precitada sentencia del 30 de julio de 1992, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández. Radicación número 6.897, que formalmente se expone dicha teoría, estima que mucho antes la jurisprudencia administrativa la había utilizado, por ejemplo, en la sentencia del 20 de febrero de 1989, expediente número 4.655 (Henao J., 1996, p.754). Dicha teoría fue abandonada por la jurisprudencia contencioso-administrativa a partir de la sentencia del 31 de agosto de 2006, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Radicación número 15.772.

1.4.1.2 Falla probada

Según la doctrina, la falla probada

Tiene su origen en el ordenamiento francés, en las actuaciones irregulares de las administraciones públicas generadoras de perjuicios a los administrados, que encuentra sus antecedentes en la nominada noción de falta personal, cuando la misma se atribuía exclusivamente al agente y en esa medida se exoneraba de responsabilidad a la administración, determinándose así una distinción de responsabilidades con fundamento en la falta acaecida (Güechá C., 2012, p. 33).

Significa la institución de la falla probada que en un caso concreto le corresponde al demandante demostrar los tres extremos de la ecuación de responsabilidad: el daño antijurídico, la falla propiamente dicha y la imputabilidad, o sea que el daño es atribuible o es consecuencia de la falla del servicio (Viveros C., 2015, p. 144). La teoría de la falla probada exige del demandante, en aras de obtener la prosperidad de sus pretensiones, llevar a cabo toda la carga probatoria, tal como lo anota la doctrina:

La carga probatoria de los elementos de la responsabilidad, daño antijurídico e imputación (causal y jurídica), con independencia del régimen de responsabilidad (objetiva o subjetiva), se ha tratado por tradición bajo la regla general de *actor imcumbit probatio, reus excipiendo fit actor* (al demandante le corresponde la

prueba de los hechos que alega; al demandado, de las excepciones que alega)(Bejarano R., 2015, p.p. 238 y 239).

En el régimen subjetivo, entonces, sin la prueba de la falla del servicio no es posible la declaratoria de responsabilidad estatal(Bejarano R., 2015, p. 237). No obstante, como una forma de morigeración de la carga probatoria a favor del demandante que solicita reparación del daño, es doctrina sentada en la jurisprudencia nacional que la falla del servicio puede ser acreditada mediante la prueba indiciaria:

Frente a lo anterior, la Sala recientemente consideró que no era necesario alterar las reglas probatorias legalmente establecidas, para generar consecuencias adversas para la parte que hubiere faltado al deber de lealtad procesal, pues el mismo ordenamiento jurídico –artículo 249 C. P. C.- prevé que el juez puede deducir indicios de la conducta procesal de las partes. Así mismo, se consideró que para deducir la responsabilidad del Estado por el daño derivado de su actividad médica, era necesario acreditar todos los elementos de la responsabilidad –el daño, la falla del servicio y el nexo causal entre estos- para lo cual el juez debía ser particularmente acucioso y valorar todos los elementos probatorios legalmente aceptados, entre los cuales los indicios cobrarían especial relevancia, en tanto que podrían ser contruidos a partir de las pruebas del expediente y de la conducta misma de las partes. También se precisó que, en ciertas oportunidades, las reglas de la experiencia serían de gran utilidad, ya que ciertos eventos dañinos –abandonar una gasa o un bisturí en el interior del cuerpo de un paciente- sólo podrían derivarse de conductas constitutivas de falla del servicio (Consejo de Estado, sentencia del 28 de abril 2010. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Radicación número 20.087).

Esta es la tesis que impera actualmente en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, la cual fue reiterada de manera relativamente reciente en la sentencia del 29 de mayo de 2014, expediente número 26.983, en la cual el Consejo de Estado expone un sistema de valoración de la falla del servicio con menor rigurosidad, fundamentada en la prueba mediante indicios, sin que ello signifique el

abandono del régimen subjetivo en el que actualmente se enmarca la responsabilidad estatal por el acto médico.

1.4.1.3 Falla presunta

“Consiste en el régimen de responsabilidad intermedio entre la responsabilidad subjetiva o con falta del servicio y el de responsabilidad objetiva y sin falta del servicio o sin culpa”. (Arévalo H., 2011, p. 35). La teoría de la falla presunta apareja una presunción de falta (Ruiz W., 2010, p. 10). Con ello:

De entrada, se presume que existió una falla del servicio en la administración, lo cual implica que la carga de la prueba se invierta, correspondiendo ya no al demandante probar la falla en el servicio, sino a la entidad pública demandada desvirtuar probatoriamente dicha presunción (Viveros C., 2015, p.149).

La doctrina sostiene que la falla presunta del servicio no nace de la jurisprudencia del Consejo de Estado, sino de la expuesta por la Corte Suprema de Justicia (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 30 de junio de 1962. Magistrado Ponente: José de J. Gómez), pero fue consolidada por el Consejo de Estado a partir de 1989, aplicándola a actividades peligrosas como daños derivados de la prestación del servicio militar obligatorio, daños causados con arma de fuego de dotación oficial y los daños causados con vehículos automotores, muerte o lesiones de personas detenidas en establecimientos carcelarios y daños relacionados con la prestación del servicio médico y hospitalario (Duque J., 2017, p.p. 83 y 84).

La falla presunta es una subespecie de la falla del servicio con base en la cual hasta hace poco se resolvieron casos por falla en el servicio médico y de salud. En efecto, según se desprende de la sentencia del 31 de mayo de 2013, expediente número 31.724, el Consejo de Estado en la actualidad, y en relación con la responsabilidad

extracontractual patrimonial por fallas del servicio médico, acoge el régimen de la falla probada, poniendo de relieve el abandono del régimen de la falla presunta (ver Consejo de Estado, sentencia del 31 de agosto de 2006. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa P. Radicación número 15.772). Con ello, y en adelante, los casos de responsabilidad médica y del servicio hospitalario, exigen la aplicación estricta del régimen general de la carga de la prueba(Bejarano R., 2015, p. 260).

1.4.2 Régimen objetivo de responsabilidad del Estado.

Es este el régimen sin culpa o de responsabilidad objetiva, en el cual se agrupan los títulos de esta naturaleza como el daño especial, el riesgo excepcional, la ocupación temporal o permanente de inmuebles por trabajos públicos, de responsabilidad objetiva por el acto administrativo y la acción *in rem verso*(Ruíz W., 2010, p. 1).

Este régimen es constitutivo de la responsabilidad sin falta, la que “se caracteriza porque no se encuentra dentro de ella ningún comportamiento irregular de la administración, no hay ninguna falla, el ente estatal normalmente cumple sus funciones de acuerdo con la ley”. (Arévalo H., 2011, p. 57).

La doctrina es coincidente al afirmar que en este régimen de responsabilidad pública no se precisa de una valoración de la actuación de la entidad pública para establecer la irregularidad de dicha actuación. Lo que se valora es el daño para determinar su irregularidad y concluir que quien lo sufre no está en la obligación de soportarlo(Güechá C., 2012, p.34).

“Los regímenes de responsabilidad extracontractual del Estado objetivos, como lo son el riesgo excepcional y el daño especial, no demandan de la parte actora la

necesidad de la prueba de la falla en la que incurrió el Estado”. (Arboleda J., y Botero, 2015, p. 64).

Por su parte, Viveros dice que el régimen objetivo de responsabilidad, en el cual se concibe un actuar legítimo de la autoridad pública con el que eventualmente puede también causar daños, pero donde es irrelevante el análisis del elemento culpa, porque el estudio de la responsabilidad se centra solo en el daño antijurídico y su imputabilidad a una entidad estatal, lo integran los títulos de daño especial, el riesgo excepcional y la ocupación de inmuebles, en casos de guerra; por trabajos públicos; y la ocupación jurídica(Viveros C., 2015, p.p. 161- 186).

1.4.2.1 El daño especial

Se configura cuando el Estado, en desarrollo de actividades lícitas y en cumplimiento de deberes legales, genera daños que desbordan el equilibrio ante las cargas públicas que deben soportar los particulares(García D., 2009, p. 119).

En la teoría del daño especial “el Estado genera daño derivado de una actuación legítima amparada por la normatividad legal vigente o la misma Constitución, porque rompe la igualdad frente a las cargas públicas que deben soportar determinados administrados”.(Correa R., 2012, p. 91).

En relación con este último tópico, expresa otra facción de la doctrina:

Esta teoría parte de un principio básico del derecho moderno cual es, la igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas. Mientras un ciudadano soporte las mismas cargas que los demás, nada puede reclamarle al Estado, pero si llega a soportar una carga especial surge el deber de indemnizar a cargo de este último. Se trata de un principio de derecho basado en el pensamiento del colectivo, según el cual las necesidades de la vida colectiva exigen que cada uno soporte sin

indemnización los daños resultantes del ejercicio legal y regular de la potencia pública, a menos que el legislador no disponga otra cosa. Así concebido, el daño producido por la Administración no da lugar a reparación sino en el caso en que es anormal por su importancia y su carácter excepcional(Ruíz W., 2010, p.p. 17 y 18).

La doctrina define el daño especial como “aquél 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 justicia distributiva”.(Viveros C., 2015, p. 163).

1.4.2.2 El riesgo excepcional

Argumenta un estamento de la doctrina que en el riesgo excepcional el fundamento próximo son las actividades peligrosas a cargo del Estado, principalmente el uso de armas de dotación oficial, la conducción de vehículos oficiales y las contiendas armadas en la conjuración de actos terroristas(García D., 2009, p. 119).

Por su parte el profesor Ruíz Orejuela expone así la teoría del riesgo excepcional:

La responsabilidad objetiva por riesgo excepcional ha sido decantada por la jurisprudencia en los eventos de actividades peligrosa, como el uso de armas de dotación oficial, la conducción de vehículos, las redes de energía eléctrica y toda situación que implique riesgo como los atentados terroristas a objetivos públicos ubicados cerca de bienes o personas particulares o la ejecución de determinadas obras públicas (Ruíz W., 2010, p. 20).

Para otros estudiosos del tema, el riesgo excepcional “se presenta por la administración en la ejecución de un determinado trabajo u obra técnica, destinada a la prestación de un servicio; somete a un grupo determinado de personas a un riesgo”. (Arévalo H., 2011, p.p. 68 y 69).

Correa, por su parte, sostiene que en el régimen objetivo de responsabilidad por riesgo es determinante la realización de actividades peligrosas, pero sin que en el desarrollo de dichas actividades se observen irregularidades en la conducta estatal (Correa R., 2012, p. 79).

Recapitulando, el régimen subjetivo de responsabilidad es desarrollado por la tradicional falla del servicio, en tanto que el régimen objetivo comprende, en esencia, los títulos de imputación de daño especial y riesgo excepcional.

CAPÍTULO II

REGÍMENES Y TÍTULOS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. ANÁLISIS DESDE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO.

2.1 Orígenes de los regímenes de responsabilidad del Estado y de los títulos de imputación.

Se aborda en el presente capítulo el tratamiento que le ha venido dando el Consejo de Estado a los conceptos de regímenes y títulos de imputación de responsabilidad, lo cual implica hacer referencia a las sentencias más relevantes alrededor de los orígenes de dichos conceptos. En esta labor es de mucha valía el aporte de doctrina autorizada, la cual será citada de manera recurrente en el decurso de la disertación.

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL. La casuística de responsabilidad patrimonial del Estado en un principio estuvo asignada a la Corte Suprema de Justicia, corporación que, a través de sus Salas de Casación Civil y de Negocios Generales, tuvo la facultad de dirimir los asuntos contenciosos en que tenía parte la Nación (Constitución Política de 1886, artículo 151, numeral 3).

Por su parte, y hasta el año 1964, el Consejo de Estado tenía una competencia residual, ya que solo conocía de los procesos de responsabilidad por daños ocasionados con la ocupación de bienes inmuebles por causa de trabajos u obras públicas(Ley sobre organización de la jurisdicción contencioso-administrativa, número 167 del 04 de diciembre de 1941, artículos 261 a 269). La máxima autoridad de la jurisdicción contencioso-administrativa adquiere la competencia general para conocer y dirimir los asuntos de responsabilidad del Estado en virtud del Decreto 528 de 1964(Henao J., 1996, p.733).

No obstante, y como lo anota la referida doctrina,

Desde el siglo XIX hasta 1964, la competencia entre las dos corporaciones fue repartida, debiendo anotarse de todas formas que era la Corte Suprema la que tenía la competencia general. Al Consejo de Estado solo le correspondía, en virtud de la Ley 130 de 1913, el estudio de la responsabilidad del Estado como consecuencia de una declaratoria de nulidad, y desde la Ley 38 de 1918 las reclamaciones intentadas contra la Nación por expropiaciones o daños en la propiedad ajena causados por órdenes administrativas, sin dejar de anotar que desde 1941 le correspondía la responsabilidad por trabajos públicos con los cuales no se produjera ocupación permanente (Henao, 1996, p.p. 733 y 734).

En cuanto a fundamentos legales, quedó esbozado en páginas precedentes, antes de 1991 era difusa la normatividad con base en la cual se establecía la responsabilidad del Estado. A parte de algunas normas del Código Civil, los vagos contenidos normativos de algunas disposiciones de la derogada Constitución Política de 1886, constituían los fundamentos con base en los cuales los jueces realizaban su labor interpretativa de la responsabilidad estatal en Colombia.

En su pretensión de fundamentar la responsabilidad del Estado en normas distintas del derechos civil, el Consejo de Estado acude a algunos cánones de la

derogada Constitución de 1886 para cimentar normativamente la casuística de responsabilidad pública, como la siguiente: “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y asegurar el respeto recíproco de los derechos naturales, previniendo y castigando los delitos”. (Constitución Política de 1886, artículo 16).

También el artículo 2º de la Carta Política de 1886 le brinda, en ese entonces, las pautas y elementos a la jurisprudencia administrativa para establecer la responsabilidad estatal en casos concretos: “La soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación, y de ella emanan los poderes públicos, que se ejercerán en los términos que esta Constitución establece”. (Constitución Política de 1886, artículo 2).

E indiscutiblemente el artículo 33 de aquél estatuto superior también le suministraba argumentos al Consejo de Estado para la aplicación de la responsabilidad patrimonial antes de 1991:

Artículo 33. En caso de guerra y sólo para atender al restablecimiento del orden público, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por autoridades que no pertenezcan al orden judicial y no ser previa la indemnización.

En el expresado caso la propiedad inmueble sólo podrá ser temporalmente ocupada, ya para atender a las necesidades de la guerra, ya para destinar a ella sus productos, como pena pecuniaria impuesta a sus dueños conforme a las leyes.

La Nación será siempre responsable por las expropiaciones que el Gobierno haga por sí o por medio de sus agentes (Constitución Política de 1886, artículo 33).

En cuanto al origen de régimen subjetivo de responsabilidad, la doctrina ilustra que:

La falla o falta en el servicio la empezó a aplicar la Corte Suprema de Justicia desde 1943 en junio 30, la cual había creado la jurisprudencia francesa, porque en

Francia se consideró que el Estado para su responsabilidad necesitaba un régimen especial distinto al de los particulares. Pero la Corte Suprema le buscó fundamento legal a esta teoría en el artículo 2.341 del Código Civil; haciendo lo propio, el Consejo de Estado encuentra fundamento para ello en normas de derecho público, artículos 16 y 20 de la Constitución de 1886 (Pérez L., 2002, p. 22).

Sin duda que tanto en la creación y desarrollo de la responsabilidad del Estado como en la génesis y configuración de los regímenes y títulos de imputación de responsabilidad fue determinante la labor jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia. En lo concerniente al régimen subjetivo, es enfática la doctrina al sostener que la construcción de la falla del servicio puede deberse en parte a la Corte Suprema de Justicia, sin olvidar que el Consejo de Estado también se había referido al asunto (Henao J., 1996, p. 744).

Es decir, las bases teóricas alrededor del tema las sienta la jurisdicción ordinaria, por ser la encargada, en sus inicios, de conocer los asuntos de responsabilidad pública, pero el Consejo de Estado no era ajeno totalmente a esa temática, procurando distinguirse de la Corte Suprema de Justicia por una pretensión de fundamentar esa responsabilidad ya no en normas civiles, sino en normas de derecho público, esto es, la Constitución Política de 1886 y el Código Contencioso-administrativo (Pérez L., 2002, p.23). Es decir, la labor de esta corporación refleja el interés por un gradual y progresivo abandono de los fundamentos normativos iusprivatistas de responsabilidad estatal (Henao J., 1996, p.p. 745 y 746).

En lo estrictamente relacionado con el origen del régimen subjetivo de responsabilidad y la falla del servicio dentro de la actividad del Consejo de Estado, se señalan las sentencias del 02 de noviembre de 1960, Consejero Ponente: Carlos Gustavo

Arrieta, radicación número 928y la del 30 de septiembre de 1960, Consejero Ponente: Francisco Eladio Gómez.

En dichos pronunciamientos judiciales, la referida corporación no solo expone la necesidad de darle a la responsabilidad del Estado unos fundamentos normativos distintos a los del derecho civil, sino que en ellos más “por vía de doctrina que no por vía de solución de la litis, se esboza la noción de falla del servicio”.(Henao J., 1996, p.746).

En lo relativo al desarrollo -que no exactamente a los orígenes de dicho régimen-, merece ser reseñada una sentencia proferida en el año de 1967, en la cual el Consejo de Estado afirma:

No sobra agregar que en este caso, como en todos aquellos que se refieren a la responsabilidad extracontractual de la administración, la jurisprudencia tanto del Consejo de Estado como de la Corte Suprema ha sentado que se trata de una responsabilidad directa, por falla de un servicio público que no se presta o se presta deficientemente; y si como consecuencia de ello un ciudadano sufre perjuicio(Consejo de Estado, sentencia del 14 de noviembre de 1967. Consejera Ponente: Miriam Guerrero de Escobar. Radicación número 718.).

En esta misma línea, y a partir de las elaboraciones sentadas por la Corte Suprema de Justicia, expone el Consejo de Estado:

La tesis de las fallas del servicio público se encuentra sintetizada en el número 19 de la presente sentencia(Corte Suprema de Justicia, sentencia del año 1962. Magistrado Ponente: José J. Gómez). Esta doctrina, acogida también por la Sala de Negocios Generales de la Corte, acorde por lo demás con las modernas doctrinas del derecho público, la ha venido sosteniendo invariablemente el Consejo de Estado a partir de la vigencia del Decreto 528 de 1964(Consejo de

Estado, sentencia del año 1969) (Consejo de Estado. Sentencia del 11 de julio de 1969. Consejero Ponente: Carlos Portocarrero Mutis. Radicación número 541).

Así, entonces, en cuanto al origen y desarrollo del régimen subjetivo de responsabilidad del Estado, no debe desconocerse el aporte inicial de la Corte Suprema de Justicia, entidad que aplicó la falla del servicio a la par de principios de responsabilidad civil (Güechá C., 2012, p. 32). El Consejo de Estado, por su parte, y sin ostentar competencia plena y definitiva en asuntos de responsabilidad administrativa, tiene el mérito de darle consistencia y desarrollo a la temática desde los fundamentos normativos propios del derecho administrativo de daños.

En lo tocante a los orígenes del régimen objetivo de responsabilidad, se destacan la sentencia del 21 de octubre de 1921. Magistrado Ponente: Dr. Burbano y la sentencia del 22 de abril de 1927. Magistrado Ponente: Constantino Barco, cuyos ejes temáticos de responsabilidad estatal están relacionados con las expropiaciones y los trabajos públicos, adquiriendo consolidación la teoría según la cual “si de la ejecución de trabajos públicos resultan daños en los inmuebles, la administración responde de ellos sin que el demandante tenga que probar la existencia de la culpa, descuido o negligencia para obtener la correspondiente indemnización”. (Henao J., 1996, p.p. 746 y 747).

Pero es a partir de Consejo de Estado, sentencia del 29 de julio de 1947. Consejero Ponente: Gustavo A. Valbuena, que la corporación hace referencia concreta a la responsabilidad objetiva, cuando en el sonado caso del periódico El Siglo emite un trascendental fallo en el que de manera precisa hace alusión a un título de imputación de esta naturaleza, esto es, el daño especial, lo cual hace con fundamento en normas, principios y conceptos del derecho público. Puede afirmarse que por primera vez el Consejo de Estado expone una inequívoca teoría de responsabilidad objetiva en

Colombia, dando cabida en lo sucesivo a la aplicación recurrente de dicho régimen y su título de imputación de daño especial.

Respecto del riesgo excepcional, sólo hasta la década de los años ochenta la jurisprudencia administrativa da aplicación a este título de imputación, cuando decide resolver una casuística puntual ya no bajo la advocación de la falla del servicio, sino bajo el riesgo excepcional. Es de gran ayuda el aporte de la doctrina (Pérez L., 2002, p.p. 35-39) en la identificación de dos sentencias del Consejo de Estado que marcan lo que parece ser el punto de inicio de la teoría del riesgo excepcional dentro de la casuística de responsabilidad patrimonial pública en Colombia.

La primera sentencia es del mes de febrero de 1984, en la cual se realiza, entre otros, el siguiente pronunciamiento:

La responsabilidad administrativa no puede tener como exclusiva condición la falta o falla del servicio. Junto a este sistema tradicional que sigue siendo obviamente el derecho común de la responsabilidad, debe reconocerse también el de la responsabilidad sin falta, como teoría subsidiaria de aplicación excepcional (Consejo de Estado, sentencia del 02 de febrero de 1984. Consejero Ponente: Eduardo Suescún. Radicación número 2.744).

La otra data del 08 de marzo de 1984, del cual se extrae el siguiente dictado:

Hay, en cambio, responsabilidad sin falta toda vez que el servicio eléctrico oficial, al establecer la conducción de la energía en las vías urbanas creó un riesgo excepcional para los asociados, riesgo que a pesar de todas las previsiones llegó a ocurrir con las consecuencias anotadas (Consejo de Estado, sentencia del 08 de marzo de 1984. Consejero Ponente: Eduardo Suescún. Radicación número 2.846).

En lo sucesivo, el Consejo de Estado irá aplicando y decantando las tesis expuestas en los precitados fallos, acudiendo a la teoría del riesgo excepcional cuando

se trate de asuntos que impliquen actividades peligrosas a cargo del Estado y en cuya ejecución cause daño a los particulares.

2.2 Conceptos de causalidad e imputación

Quedó consignado en acápite específico de este trabajo que la imputación del daño antijurídico, acorde a la doctrina mayoritaria en relación con la interpretación del artículo 90 superior, más que la sola averiguación fenoménica del hecho dañoso, exige todo un proceso normativo de atribuibilidad en el cual se conjugan tanto el acaecimiento físico del hecho como su atribuibilidad jurídica, proceso este último que implica acudir a los títulos de imputación de responsabilidad que han elaborado tanto la jurisprudencia como la doctrina.

2.2.1 La causalidad

Corresponde en esta sección acometer el estudio del concepto de causalidad desde la jurisprudencia del Consejo de Estado, para lo cual se tendrán en cuenta destacadas sentencias de la mencionada corporación, procurando llevar un orden cronológico en el decurso del análisis.

- Consejo de Estado, sentencia del 11 de septiembre de 1997. Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo. Radicación número 11.764. Afirma el Consejo de Estado:

Aunque en el tema de definir si determinado daño puede imputarse a una autoridad pública, estudiado como el elemento "relación de causalidad", cuando el perjuicio ha sido producto de causas concurrentes, no pueden señalarse reglas absolutas, ni desecharse el peso que tiene en el punto la valoración subjetiva del juzgador, si estima la Sala que sobre él pueden establecerse las siguientes pautas generales: No puede determinarse, como única causa de daño, aquella que

corresponde al último suceso ocurrido en el tiempo. Este criterio simple, que opone la causa inmediata a la causa remota, implicaría, en últimas, confundir la causalidad jurídica con la causalidad física y no tomar en cuenta hechos u omisiones que, si bien no son la última causa del daño si contribuyeron a determinar su producción. Tampoco puede considerarse que todos los antecedentes del daño son jurídicamente causas del mismo, como se propone en la teoría de la equivalencia de condiciones, o de la causalidad ocasional según la cual "en estos casos si la persona culpable se hubiera conducido correctamente, el perjuicio no habría ocurrido"(Subrayas no son del texto original).

En este proveído, el Consejo de Estado se refiere a la teoría de la equivalencia de condiciones para conceptuar que las causas jurídicas del daño son diferentes a las causas físicas del mismo.

- Consejo de Estado, sentencia del 18 de octubre de 2000. Consejero Ponente: Eduardo Alier Hernández. Radicación número 11.981).Expone la corporación:

Al respecto, son interesantes las siguientes precisiones del profesor Javier Tamayo Jaramillo: “Para explicar el vínculo de causalidad que debe existir entre el hecho y el daño, se han ideado varias teorías; las más importantes son: la “teoría de la equivalencia de las condiciones” y “la teoría de la causalidad adecuada”. De acuerdo con la primera, todas las causas que contribuyeron a la producción del daño se consideran, desde el punto de vista jurídico, como causantes del hecho, y quienes estén detrás de cualquiera de esas causas, deben responder. A esta teoría se la rechaza por su inaplicabilidad práctica, pues deshumanizaría la responsabilidad civil y permitiría, absurdamente, buscar responsables hasta el infinito. Para suavizar este criterio, se ha ideado la llamada teoría de la causalidad adecuada, según la cual no todos los fenómenos que contribuyeron a la producción del daño tienen relevancia para determinar la causa jurídica del perjuicio; se considera que solamente causó el daño aquel o aquellos fenómenos que normalmente debieron haberlo producido; esta teoría permite romper el vínculo de causalidad en tal forma, que solo la causa relevante es la que ha podido producir el daño... Aplicando la teoría de la causalidad adecuada, el juez considera

que la causa externa ha sido el hecho que normalmente ha producido el daño, y, en consecuencia, el vínculo de causalidad debe romperse de tal modo que el demandado no se considere jurídicamente como causante del daño.

En similar sentido de la anterior referencia jurisprudencial, aquí el Consejo de Estado trata el asunto con arreglo a las teorías de la equivalencia de las condiciones y de la causalidad adecuada, acudiendo en este caso al apoyo de la doctrina. Con base en lo anterior, y por la vía de la interpretación, a falta de una definición expresa del término, se tiene que la causalidad es el vínculo existente entre el hecho y el daño. La causalidad hace referencia al fenómeno físico de producción de un hecho dañino con base en el cual principia el proceso de atribución de responsabilidad.

Por otro lado, se observa en el precitado fallo que el Consejo de Estado hace referencia a dos teorías clásicas que guardan relación con el fenómeno de la causalidad: la equivalencia de las condiciones y la causalidad adecuada. Con relación a la primera, expone el Consejo de Estado que todas las causas que contribuyeron a la producción del daño se consideran, desde el punto de vista jurídico, como causantes del hecho, y quienes estén detrás de cualquiera de esas causas, deben responder. Y con relación a la segunda teoría, afirma que entre las diversas causas que produjeron el hecho dañoso, debe tenerse en cuenta aquella que es idónea para la causación de dicho daño o perjuicio.

- Consejo de Estado, sentencia del 01 de noviembre de 2001. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Radicación número 13.407. En este fallo, así razona el Consejo de Estado:

El caso se analizará bajo el régimen de falla probada toda vez que se le atribuyó al demandado violación a sus deberes legales, por omisión, en la señalización de vías públicas rurales. En el régimen mencionado deben probarse varios elementos,

cuales son: *) falencia de la Administración o por retardo, o por irregularidad, o por ineficiencia u omisión en el servicio; *) daño: particular, cierto, determinado y anormal a un bien jurídicamente tutelado por el derecho y *) nexo de causalidad eficiente y determinante entre la anomalía administrativa y el daño (Lo subrayado no es del texto original).

En el asunto particular y concreto que trae la sentencia, el Consejo de Estado tan solo se limita a decir que *“el caso se analizará bajo el régimen de falla probada toda vez que se le atribuyó al demandado violación a sus deberes legales, por omisión, en la señalización de vías públicas rurales”*.

Y al exponer la importancia del nexo causal entre el daño y la conducta anormal, hace relación a la causa eficiente, con lo cual el Consejo de Estado en este caso puntual tiene en cuenta la teoría de la causalidad adecuada, la cual fue definida líneas atrás. De todos modos se observa en este fallo una ausencia de definición terminológica de la causalidad, pero por inferencia la misma significa para el alto tribunal, según lo expuesto, la causación fenoménica del hecho, atribuible a la administración en términos naturalísticos.

- Consejo de Estado, sentencia del 01 de agosto de 2002. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Radicación número 13.248. Así diserta en este proveído el Consejo de Estado:

Por lo tanto, como el elemento nexo de causalidad no se estructura no hay lugar a declarar responsable al “Estado Colombiano”, como lo decidió el a quo, ni a condenarlo. Recuérdese que la responsabilidad por falla probada requiere de la comprobación de todos los elementos integradores de responsabilidad cuales son falla, daño y nexo causal (éste eficiente y determinante, en aplicación de la teoría de la causalidad adecuada). Por lo tanto, la Sala no comparte lo dicho por el a quo, en cuanto a conclusión sobre la estructuración cierta del “nexo de causalidad” porque se partió solamente del hecho relativo a que la conducta irregular del

notario ocurrió dentro de la cadena de hechos que condujeron a producir el daño antijurídico que sufrió la sociedad demandante, sin estudiar su eficiencia y determinación en la producción de este. Es necesario recordar que no cualquier causa en la producción de un daño tiene nexo con el hecho dañino. Sobre el punto se han expuesto dos teorías; la primera de la equivalencia de las condiciones, según la cual todas las causas que contribuyen en la producción de un daño se consideran jurídicamente causantes del mismo. Esta teoría fue desplazada por la de causalidad adecuada, en la cual se considera que el daño fue causado por el hecho o fenómeno que normalmente ha debido producirlo (hecho relevante y eficiente). Por tanto, puede suceder en un caso determinado, que una sea la causa física o material del daño y otra, distinta, la causa jurídica, la cual puede encontrarse presente en hechos anteriores al suceso, pero que fueron determinantes o eficientes en su producción (Las subrayas no son del texto original).

En relación con el término causalidad, es claro que para el Consejo de Estado el término está referido al componente general “nexo causal”, para indicar un enlace entre un comportamiento anormal de la administración (falla en el caso concreto) y el hecho dañino desprendido de tal comportamiento. Así mismo, y como se observa en muchos fallos, la corporación acude a las teorías de la causalidad adecuada y de equivalencia de las condiciones cuando aborda el estudio de la causalidad. Y es con base en la teoría causalidad adecuada que la jurisprudencia en este caso particular estudia el daño, como hecho fenoménico, como realidad física, natural, el cual normalmente debe ser producido por una causa eficiente y relevante.

La parte final del texto transcrito trae una importante reflexión, que no ha sido puesta de presente en los fallos hasta aquí analizados: Y es que el daño puede tener, además de una causa física, una causa jurídica, con lo cual el suceso meramente naturalístico o fenoménico no es el componente determinante y único dentro del proceso de atribución de responsabilidad, y en particular de la imputación del daño.

- En Consejo de Estado, sentencia del 26 de marzo de 2008. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Radicación número 85001-23-31-000-1997-00440-0116530, la alta magistratura hace el siguiente pronunciamiento con respecto a la teoría de la causalidad y a la teoría de la equivalencia de las condiciones:

(...) No puede perderse de vista, entonces, que el examen que se realiza, por parte del juzgador, en orden a dilucidar si una de las anotadas eximentes de responsabilidad se ha configurado, o no, en un caso concreto, implica concomitantemente averiguar y razonar en punto a la relevancia jurídica de la actuación de la entidad demandada dentro del proceso causal de producción del daño -más allá de su relevancia física o material dentro de dicho íter- atendiendo, de acuerdo con la postura que reiteradamente ha sostenido esta Corporación, a las exigencias derivadas de la aplicación de la teoría de la causalidad adecuada. En el aludido orden de ideas, la aceptación de la posibilidad del advenimiento de una causa extraña que opere como causal liberatoria de la responsabilidad del ente demandado es, según se ha visto, plasmación y desarrollo de la teoría de la causalidad adecuada en la medida en que si se aplicara con todo rigor la teoría de la equivalencia de las condiciones, necesariamente habría que condenar, en todos los casos, al agente que causó físicamente el daño, ya que él ha obrado como una de las causas generadoras de aquél, sin importar que, a su vez, el mencionado daño pudiera haber sido el efecto de una causa anterior a la cual habría que atribuir, de forma exclusiva o concurrentemente con el agente que físicamente ocasionó la lesión, la responsabilidad derivada de la ocurrencia de ésta; por el contrario, aplicando la teoría de la causalidad adecuada, el juez tendrá la posibilidad de valorar si la causa externa fue el factor que, de manera exclusiva, o no, dio lugar al acaecimiento del daño, juicio que determinará si el correspondiente hecho externo a la actividad del demandado tiene la virtualidad de destruir el nexo de causalidad entre ésta y la lesión causada o, por el contrario, concurre con o no excluye a la conducta -activa u omisiva- del agente estatal en punto a la imputabilidad jurídica del deber de indemnizar.

El referido fallo, en la misma dirección de los anteriores que se han relacionado, la jurisprudencia trata el fenómeno de la causalidad a partir de la definición

y aplicación de la teoría de la causalidad adecuada, con base en la cual es procedente realizar el análisis de responsabilidad administrativa y patrimonial en el caso concreto.

- Consejo de Estado, sentencia del 20 de mayo de 2011. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Radicación número 19.947. Manifestó en esta sentencia el Consejo de Estado:

(...) Para la Sala es importante resaltar que no todas las acciones que anteceden a la producción del daño son causas directas del mismo, como se plantea en la teoría de la equivalencia de las condiciones, es un sinsentido otorgarle igual importancia a cada hecho previo a la producción del daño, lo relevante es identificar cuál acción fue la causa determinante, principal y eficiente del hecho dañoso, de lo contrario, se llegaría al absurdo de que la consecuencia o daño, sería la sumatoria de todos los antecedentes, haciendo un retorno al infinito. En ese contexto, para la Sala se presenta una clara ausencia o imposibilidad de imputación, como quiera que el daño no es atribuible a conducta alguna de la administración pública, esto es, no le es referible al Estado, en los temas de análisis del artículo 90 de la Constitución Política. En consecuencia, de las pruebas que obran en el expediente, para la Sala es indudable que aun cuando se configuró un daño antijurídico, no existe conexión entre el resultado dañino y la conducta de la entidad demandada, luego no le es imputable a la Administración y por lo tanto, no debe responder patrimonialmente por el mismo (Las subrayas no son del texto original).

En este pronunciamiento jurisprudencial, la alta magistratura define el término que se viene analizando, en aplicación de la teoría de la causalidad adecuada. Sin embargo, tal como lo indica el trozo que se subraya a propósito, la corporación hace referencia explícita a un término de gran importancia en el debate de responsabilidad estatal y que será objeto de estudio en el siguiente acápite: el fenómeno de la imputación del daño antijurídico. Con ello pone de relieve que la mera causalidad no es

suficiente para atribuir responsabilidad al Estado por la causación de daños a los particulares.

- Consejo de Estado, sentencia del 22 de junio de 2011. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación número 19.311. Expresa la corporación:

Se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no. Dicha tendencia es la que marcó el precedente jurisprudencial constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a duda a un ejercicio de la ponderación que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro.

En este proveído la corporación efectúa un cuestionamiento tanto a la teoría de la equivalencia de las condiciones como a la teoría de la causalidad adecuada, como fundamentos insuficientes para derivar la responsabilidad del Estado. Se refiere a la tesis de la imputación objetiva como presupuesto necesario dentro del estudio de la responsabilidad estatal, con lo cual el juicio de imputación va más allá de la mera constatación causal o fenoménico del hecho dañoso.

- Consejo de Estado, sentencia del 26 de noviembre de 2015. Consejera Ponente: María Claudia Rojas Lasso. Radicación número 11001-03-15-000-2015-

01524-01.La presente sentencia, de tutela por demás, hace referencia a la figura de la concausalidad, la cual es tratada por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

La Sala debe analizar si en efecto existen yerros en el análisis y la interpretación probatoria que hiciese el Tribunal Administrativo de Antioquia para determinar si se configuró el defecto fáctico denunciado. Para tal fin, es necesario, como primera medida, exponer que significa el fenómeno de la concausalidad... es claro que la concausalidad es un fenómeno jurídico que se configura cuando la causa parcial del daño proviene de la intervención de la víctima, y por tal razón, el censor debe analizar cuál fue el grado de participación para determinar porcentualmente su aportación en el hecho dañoso. Entonces, la concausalidad, básicamente, la define la participación de la víctima en los hechos dañosos.”

Se considera pertinente hacer referencia al tema en mención porque de alguna manera hace parte de la temática general tratada, particularmente de la causalidad. En este aspecto el Consejo de Estado, Sección Primera, es diáfano en la definición del término, al tener que el comportamiento de la víctima de un hecho dañoso del Estado puede jugar rol decisivo en dicho daño cuando aporta con su conducta a la materialización del daño del cual es víctima.

La causalidad ha sido un tema tratado también por la Corte Constitucional, corporación que se refiere al tópico como uno de los elementos de la responsabilidad del Estado normada en artículo superior:

En Colombia la propia Constitución define los elementos necesarios para condenar al Estado a responder patrimonialmente (art. 90, C.P.). Dice, en concreto, que ‘[el] Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas’. Así, como cada uno de los términos empleados en la Constitución debe tener un efecto útil, es preciso concluir que de acuerdo con la Carta el Estado solo debe responder patrimonialmente (i) ‘por los daños antijurídicos’, (ii) ‘que le sean imputables’, cuando además hayan sido (iii)

‘causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas’. Esta interpretación la ha reconocido como vinculante no solo la Corte Constitucional en su jurisprudencia, sino también la Sección Tercera del Consejo de Estado(Corte Constitucional, sentencia del 19 de junio de 2013. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa. Radicación número SU - 353).

El anterior es un proveído de unificación de la jurisprudencia constitucional y como tal tiene un efecto vinculante para todos los órganos nacionales de administración de justicia. El fragmento jurisprudencial transcrito es diáfano al afirmar que la mera causación de daños antijurídicos no generan, *per se*, responsabilidad pública. Es menester, además, la imputación de ese daño al órgano estatal, con lo cual el juicio de responsabilidad debe incluir, adicionalmente, el ejercicio de atribución jurídica del daño, actividad que adquiere inusitada importancia, en gran medida, cuando se está al frente de casuísticas en las que se pretenda derivar responsabilidad administrativa por omisión.

- Consejo de Estado, sentencia del 11 de mayo de 2017. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo. Radicación número 41.330. En esta referencia el Consejo de Estadodesecha la teoría de la equivalencia de las condiciones como argumento para establecer el nexo de causalidad:

El señor xxxxxxxxxx se encontraba cruzando una vía principal, de dos carriles, doble sentido, con separador y no se detuvo para verificar la prelación de paso correspondiente, sino que continuó la marcha y se produjo el accidente. De haber observado esta norma, cuyo cumplimiento estaba a su cargo, el accidente no habría ocurrido. (...) Ninguna de las circunstancias concomitantes resultan relevantes, pues la causa eficiente y determinante del daño fue que el occiso no detuvo la marcha del motorizado cuando cruzó la avenida, tal como lo preveían las normas de tránsito vigentes en la época de los hechos. Así, aun cuando hubiera un exceso de velocidad del camión Ford 350, el agente de la Policía Nacional no

contara con licencia de conducción, o si el señor xxxxxxxxx hubiera transitado en contravía, de haber frenado antes de cruzar la avenida y verificado sus posibilidades de cruzar, hubiera evitado el accidente. En estos términos, forzoso es concluir que la sentencia del a quo debe confirmarse.

Hoy en día la equivalencia de condiciones es una teoría inaplicada por la doctrina y por la jurisprudencia, tanto la civil como la del Consejo de Estado, pues es insuficiente para el estudio de la responsabilidad en un caso puntual. En sentir del profesor Javier Tamayo Jaramillo, lo único que se lograría con dicha teoría es buscar responsables hasta el infinito.

Contrario censu, la teoría de la causalidad adecuada es de vigente aplicación en la jurisprudencia civil. La doctrina se refiere así a esta teoría:

La teoría de la causalidad adecuada es formulada con la intención de limitar la responsabilidad en el campo de la causalidad, reduciendo los resultados excesivos a que conducía la teoría de la equivalencia de las condiciones. Como se mencionó, se trata de una concepción que goza de la mayor acogida tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, lo que le ha permitido situarse en un sitio privilegiado a la hora de adelantar el juicio de causalidad en el derecho de daños (Rojas S., y Mojica, 2014, p. 208).

La causalidad para el Consejo de Estado, o lo que es lo mismo, las imputaciones fácticas, hacen relación a las indicaciones históricas referidas a los hechos en los cuales el demandante edifica sus pretensiones (Consejo de Estado. Sentencia del 25 de julio de 2002. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez).

Jurisprudencia más reciente señala que la causalidad “constituye un concepto estrictamente naturalístico que sirve de soporte o elemento necesario a la configuración del daño” (Consejo de Estado. Sentencia del 03 de octubre de 2016. Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero).

En síntesis, la causalidad para el Consejo de Estado, con sujeción a esta última referencia jurisprudencial, se refiere al origen de un hecho o resultado en el mundo exterior, susceptible de explicación o verificación acorde con las leyes y reglas de las ciencias naturales.

2.2.2 La imputación

Tal como quedó expuesto en acápites anteriores, y acorde a la posición mayoritaria de la doctrina, la imputación del daño antijurídico al Estado, más allá de la mera constatación fáctica o causal, es uno de los elementos estructurales de la responsabilidad patrimonial que trae la Carta de 1991 en su artículo 90. Corresponde entonces, auscultar, en los párrafos siguientes el tratamiento que a nivel jurisprudencial se le ha brindado al asunto, para lo cual se relacionan las más significativas sentencias del Consejo de Estado en relación con el tópico.

- Consejo de Estado, sentencia del 08 de mayo de 1995. Consejero Ponente: Juan de Dios Montes Hernández. Radicación número 8.118. Dice el Consejo de Estado:

La Sala estima conveniente, en aras de una mayor claridad de las proposiciones anteriores y para avanzar en el desarrollo interpretativo del artículo 90 de la Constitución Política, agregar estas breves reflexiones:

La jurisprudencia construida con tesón e inteligencia y de una manera prudente y progresista, por la **Corte Suprema de Justicia** –primero– y luego por el Consejo de Estado, determinó la existencia de regímenes de responsabilidad diversos según que su deducción estuviese o no condicionada por la presencia de la falla del servicio, y que su prueba fuese o no carga del actor.

Dentro de este marco, se detallaron los elementos cuya concurrencia resultaba indispensable para que la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado fuese procedente, según esos diversos regímenes, y las causales exonerantes para cada uno de ellos. Esa laboriosa construcción jurisprudencial permitió, al cabo de

muchos años, la consagración de un principio constitucional constitutivo de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, tanto la de naturaleza contractual como la extra-contrato: es el artículo 90 de la Constitución Política vigente. De él, y concretamente de su inciso 1o., se deduce, como ya lo ha dicho la Sala en otras oportunidades, que son dos las condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial con cargo al Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber: el daño antijurídico y la imputabilidad del daño a alguna de ellas.

La noción de daño antijurídico es invariable cualquiera sea la clase (contractual o extracontractual) o el régimen de responsabilidad de que se trate; consistirá siempre en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar.

La diferencia estriba, en consecuencia, en los títulos jurídicos de imputación del daño, determinantes de la causalidad jurídica más allá de la simple causalidad material que se deriva del nexo causal.

La sentencia en cita denota el cambio interpretativo del Consejo de Estado en relación con la cláusula de responsabilidad normada en el canon 90 constitucional, en el entendido de que contrario a lo sostenido en los fallos inmediatamente posteriores a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, la responsabilidad estatal aquí consagrada no es exclusivamente de estirpe objetiva, precisando que los regímenes de responsabilidad estatal, anteriores a 1991 y sus respectivos títulos de imputación tienen plena vigencia en el artículo 90 de la actual Carta Política. Por demás, la alta magistratura de la jurisdicción contencioso administrativa destaca el aporte histórico de la Corte Suprema de Justicia en la consolidación del actual sistema de responsabilidad que expone el ordenamiento jurídico colombiano.

Destaca por demás la alta magistratura, el ingrediente de imputabilidad del daño antijurídico, para ir más allá de la simple causación física del daño. Constituye aquella

noción un ejercicio de atribución normativa del daño a través de la aplicación de los distintos títulos de imputación.

- Consejo de Estado, sentencia del 30 de marzo de 2011. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación número 33.238. Así se refiere el Consejo de Estado al término bajo análisis:

Dicha imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar: i) atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional); Adicionalmente a lo anterior, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado.(...)Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”. En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva, título autónomo que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”.

En la referida sentencia, el Consejo de Estado ofrece una interpretación del artículo 90 superior alrededor de los elementos estructurales de la responsabilidad estatal allí contenida, particularmente del elemento imputación.

Teniendo sentada doctrina de que la causalidad material no es suficiente para atribuir responsabilidad al Estado por la causación del daño antijurídico, el Consejo de Estado, contrario a como lo sostuvo en los primeros fallos inmediatos a la vigencia de la Carta de 1991, estima que en el estudio de la responsabilidad se precisa de un juicio imputación, el cual incluye tanto el análisis causal del hecho dañoso como el análisis normativo o jurídico, ejercicio que permite atribuir válidamente el daño al Estado y en cuyo desarrollo juegan un rol importante los diferentes títulos de imputación de responsabilidad creados por la doctrina y la jurisprudencia.

- Consejo de Estado, sentencia del 19 de noviembre de 2012. Consejero Ponente: Olga Mélida Valle de la Hoz. Radicación número 25.328. Sostiene el Consejo de Estado:

Los elementos que sirven de fundamento a la responsabilidad son esencialmente el daño antijurídico y su imputación a la administración entendiendo por tal, el componente que “permite atribuir jurídicamente un daño a un sujeto determinado. En la responsabilidad del Estado, la imputación no se identifica con la causalidad material, pues la atribución de la responsabilidad puede darse también en razón de criterios normativos o jurídicos. Una vez se define que se está frente a una obligación que incumbe al Estado, se determina el título en razón del cual se atribuye el daño causado por el agente a la entidad a la cual pertenece, esto es, se define el factor de atribución (la falla del servicio, el riesgo creado, la igualdad de las personas frente a las cargas públicas). Atribuir el daño causado por un agente al servicio del Estado significa que éste se hace responsable de su reparación, pero esta atribución sólo es posible cuando el daño ha tenido vínculo con el servicio. Es decir, que las actuaciones de los funcionarios sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando las mismas tienen algún nexo o vínculo con el servicio público” (Las subrayas nos on del texto original).

El análisis jurisprudencial de los elementos estructurales de la responsabilidad patrimonial del Estado que trae el artículo 90 del estatuto superior, muestra, según el

fragmento de sentencia transcrito, la prístina diferencia que existe entre los términos de causalidad e imputación. El primero de los vocablos hace alusión a la causación material del hecho dañoso, en tanto que el segundo, objeto de estudio específico dentro de este acápite, se refiere a la atribución jurídica de ese daño al Estado, ejercicio estrictamente normativo que busca encuadrar la responsabilidad patrimonial pública en un caso puntual a través de la aplicación de las teorías de falla del servicio, riesgo excepcional y daño especial o la igualdad frente a las cargas públicas como denomina la jurisprudencia al daño especial en este fallo.

Se subrayan a propósito unas pocas líneas de la fracción jurisprudencial transcrita para exaltar que una vez constatada la causalidad o materialización del hecho dañoso, este, *per se*, no es suficiente para derivar la responsabilidad y por ende la obligación reparatoria en cabeza del ente público. Se precisa, además, identificar y aplicar el factor de atribución de responsabilidad, lo cual se hace, previo ejercicio razonado, a través de la aplicación de un determinado título de imputación, esto es, falla del servicio, riesgo excepcional y daño especial, según sean las particularidades del caso concreto.

En esencia, para el Consejo de Estado, cuando se está frente a una indiscutible responsabilidad estatal, no es de la esencia la mera constatación del daño en su dimensión fáctica o causal; es menester determinar un título de imputación o de achaque de esa responsabilidad, lo cual es el resultado del ejercicio de imputación jurídica o normativa.

- Consejo de Estado, sentencia del 19 de noviembre de 2012. Consejero Ponente: Olga Mélida Valle de la Hoz. Radicación número 42.813. Expresa la jurisprudencia administrativa:

A partir de la expedición de la Constitución de 1991, la responsabilidad del Estado se define de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 90 en virtud del cual, el Estado será patrimonialmente responsable por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión imputable a sus agentes. En efecto, dos son los postulados que fundamentan dicha responsabilidad: i) El daño antijurídico, y ii) la imputación del mismo a la administración (...). Sobre la noción de daño antijurídico, esta Sección ha definido que “consistirá siempre en la lesión patrimonial o extra-patrimonial 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. En lo relativo a la imputación, se entiende que se trata de la “atribución de la respectiva lesión”; en consecuencia, “la denominada imputación jurídica (imputatio iure o subjetiva) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política (Subrayas no son del texto original).

En esta sentencia el Consejo de Estado hace alusión a los dos elementos de la responsabilidad pública que consagra el artículo 90 superior, destacando que el elemento “imputabilidad” es esencial dentro de la ecuación de responsabilidad, con lo cual pone de presente que la sola causación del daño antijurídico no es suficiente para deprecar esa responsabilidad. Se requiere de un juicio de imputación jurídica o normativa que encuentra instrumentalización a través de los títulos de imputación de responsabilidad.

- Consejo de Estado, sentencia del 10 de septiembre de 2014. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación número 29.739. Así diserta el Consejo de Estado en la precitada reseña jurisprudencial:

(...) En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada–; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal–; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. (...) En la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”. (...) Debe plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo título de imputación en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede encuadrar en la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos; (...) en caso de no poder hacer su encuadramiento en la falla en el servicio, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo (probatoriamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera. (...) Además, cabe considerar la influencia que para la imputación de la responsabilidad pueda tener el principio de precaución, al exigir el estudiarla desde tres escenarios: peligro, amenaza y daño (Las subrayas no son del texto original).

Llama la atención en el fragmento jurisprudencial reseñado, que estando replanteada la teoría de la falla presunta del servicio, el Consejo de Estado hace alusión a ella. No obstante, el texto de la referencia ofrece valiosos aportes conceptuales, como

son los que hacen relación a la imputación objetiva y al principio de imputabilidad, asuntos tratados de manera especial por la doctrina.

En lo relativo al primero de los conceptos, es pertinente traer al análisis la elaboración de un connotado autor, para quien el aporte de la teoría de la imputación objetiva al derecho de daños es la “de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de cuándo un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”. (Santofimio J., 2017, p.p. 544 y 545). Es decir, que en el ejercicio de responsabilidad, además de la causación material del hecho dañoso (Sustento fáctico), debe tenerse en cuenta el aspecto de la atribución jurídica o normativa del daño (Afirmación del principio de imputabilidad), lo cual tiene lugar, se itera, a través de la aplicación de un factor de atribución como la falla del servicio, el daño especial o el riesgo excepcional.

Finalmente, se destaca de la jurisprudencia reseñada, la postura actual e imperante en la jurisprudencia del Consejo de Estado: el juicio de responsabilidad estatal, particularmente el ejercicio de imputación, debe principiar con la aplicación de la falla del servicio al caso puntual. Si esta teoría no es la ideal para resolver el caso concreto, ha de acudir al daño especial o al riesgo excepcional o a cualquier otro título de imputación.

- Consejo de Estado, sentencia del 12 de noviembre de 2014. Consejera Ponente: Olga M. Valle de la Hoz. Radicación número 31.048. Expone el Consejo de Estado en la mencionada providencia:

En lo relativo a la imputación, se entiende que se trata de la “atribución de la respectiva lesión”; en consecuencia, “la denominada imputación jurídica (imputatio iure o subjetiva) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la

materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida, tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política.

Aquí el Consejo de Estado define el término imputación como el ejercicio de atribución normativa del daño al ente estatal, derivándose de ello la consecuente obligación reparatoria. La corporación, entonces, permite deslindar conceptualmente el término de imputación de los títulos de imputación, constituyendo estos las teorías o factores específicos a través de los cuales se materializa el proceso de atribución jurídica del daño, siendo los más representativos la falla del servicio, el daño especial y el riesgo excepcional, pues en ocasiones tanto la jurisprudencia y la doctrina se han orientado por darle cabida a otros títulos, como el de la confianza legítima (Valbuena, G., 2015, p.p. 707-738).

- Consejo de Estado, sentencia del 12 de octubre de 2017. Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. Radicación número 39.354. Razona así la jurisprudencia administrativa:

El artículo 90 de la Constitución Política contiene la cláusula general de responsabilidad del Estado. (...) el daño entendido como la afectación, vulneración o lesión a un interés legítimo y lícito se convirtió en el eje central de la obligación resarcitoria y, por ende, tanto la atribución como la fundamentación normativa o jurídica del deber de reparar quedaron concentrados o desleídos en un nuevo elemento que es la imputación (...) la antijuricidad es un ingrediente esencial del daño y que es definitivo para determinar cuándo existe daño en sentido normativo y, por tanto, si es imputable o atribuible al Estado (...) En cuanto concierne a la imputación, se tiene que el daño antijurídico puede ser atribuido a la administración pública, en la medida en que lo haya producido por acción u omisión, pues, precisamente, la imputación es la posibilidad de atribuir un resultado o hecho al obrar de un sujeto. (...) Cualquier tipo de análisis de

imputación supone, prima facie, un estudio en términos de atribuibilidad material (imputatio facti), a partir del cual se determina el origen de un específico resultado que se adjudica a un obrar –acción u omisión– que podría interpretarse como causalidad material, pero que no lo es en sentido jurídico porque pertenece al concepto o posibilidad de referir un acto a la conducta humana, que es lo que se conoce como imputación.(...) imputación jurídica (imputatio iure o subjetiva) supone establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida,(...) La imputación fáctica puede derivarse de la constatación en el plano material de la falta de intervención oportuna que hubiera podido evitar el resultado; en efecto, es en el plano de la omisión en el que con mayor claridad se verifica la insuficiencia del dogma causal, motivo por el cual el juez recurre a ingredientes normativos para determinar cuándo una consecuencia tiene origen en algún tipo de comportamiento y, concretamente, a quién resulta atribuible la generación del daño.

En el anterior proveído se hace referencia al daño antijurídico y su imputación al Estado. Este fenómeno trasciende la mera atribución material para conceptuar que se precisa de una imputación normativa como ejercicio integral de atribución que permita establecer la obligación reparatoria del daño antijurídico. El fallo relacionado, entonces, permite diferenciar las nociones de imputación fáctica e imputación jurídica; las dos integran el concepto de imputación en su acepción genérica.

- Consejo de Estado, sentencia del 18 de mayo de 2017. Consejera Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación número 32.667A. Sostiene el Consejo de Estado:

En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por los criterios de la imputación objetiva que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”. Siendo esto así, los criterios de imputación objetiva implica la

“atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrecen estos criterios, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”. Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar”. Dicha tendencia es la que marcó la jurisprudencia constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. (...). En ese sentido, la jurisprudencia constitucional indica que “el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible.(...). En una teoría de la imputación objetiva construida sobre la posición de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante”.

En el anterior proveído se hace mención a la imputación objetiva, para afirmar que la atribución del daño obedece a un ejercicio prescriptivo más que a un fenómeno descriptivo. Es decir, y a tono con doctrina reseñada párrafos atrás (Santofimio, J., 2017, p.p. 544 y 545), el Consejo de Estado trae a la discusión la teoría según la cual, en el cometido de atribución del daño, se debe superar la mera averiguación causal o

material del hecho dañoso, y más que eso, tener en cuenta un factor normativo o jurídico de imputación o atribución, lo cual se materializa a través de los diferentes títulos de imputación, esto es, falla del servicio, daño especial y riesgo excepcional.

- Consejo de Estado, sentencia del 08 de marzo de 2018. Consejero Ponente: Jaime O. Santofimio Gamboa. Radicación número 43.079. Retoma los conceptos elaborados por el alto tribunal con respecto al tema de daño antijurídico y la imputación y manifiesta lo siguiente:

Con relación a la responsabilidad del Estado, la Carta Política de 1991 produjo su “constitucionalización” al erigirla como *garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación o interés. De lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, se desprende que esta tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la Imputación del mismo a la administración pública, tanto por su acción como por su omisión, ya sea atendiendo a los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional o cualquier otro. En síntesis, la responsabilidad extracontractual del Estado se configura con la demostración del daño antijurídico y de su imputación a la administración. El daño consiste en el menoscabo del interés jurídico tutelado y la antijuridicidad en que él no debe ser soportado por el administrado, ya sea porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o, porque es “irrazonable,” sin depender “de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración.” La imputación no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo la falla del servicio, el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto. Finalmente, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede ser concebida simplemente como una herramienta destinada a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo que permita la mejora o la

optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada. (Subrayas no son del texto original).

En la citada providencia el Consejo de Estado afirma que la imputación ha de entenderse como la atribución fáctica y jurídica del daño antijurídico, acorde a los tradicionales criterios elaborados por la doctrina y la jurisprudencia foránea, pero de continua decantación en el ámbito interno: falla del servicio, daño especial y riesgo excepcional. Este proveído, por demás, hace referencia a la constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado como una garantía ciudadana.

La jurisprudencia constitucional también define el concepto de imputación de la siguiente manera:

La imputación no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo la falla del servicio, el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto (Corte Constitucional, sentencia del 05 de julio de 2018. Magistrado Ponente: José Fernando Reyes Cuartas. Radicación número SU-072).

Así, entonces, para la jurisprudencia causalidad e imputación son términos distintos pero recíprocamente entrelazados. Tanto la causalidad como la imputación integran lo que la jurisprudencia denominada juicio de imputación, donde el ejercicio de atribución del daño al Estado implica analizar no solo el aspecto fáctico (causalidad), sino que, además, exige realizar el análisis de fundamentación de la obligación de reparar ese daño, lo cual se lleva a cabo a través de la aplicación de los títulos de imputación de responsabilidad, como la falla del servicio, el daño especial y el riesgo excepcional (imputación jurídica). Ambas nociones son importantes en el estudio de la responsabilidad en casos puntuales, pues más que la mera constatación causal del hecho

dañoso se precisa de un ejercicio de imputación normativa, adquiriendo gran relieve la ya comentada construcción teórica que jurisprudencia y doctrina denominan imputación objetiva.

La imputación objetiva está relacionada con el principio de imputabilidad, “según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica”. (Consejo de Estado, sentencia del 30 de marzo de 2011. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación número 33.238). La imputación objetiva, entonces, según la anotada referencia jurisprudencial, implica un ejercicio de atribución normativa, superando la mera averiguación descriptiva o instrumental del hecho dañoso.

Con la aplicación de esta teoría, “se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no”(Consejo de Estado, sentencia del 30 de marzo de 2011. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación número 33.238).

Quiere decir, según las anotadas referencias jurisprudenciales, que el examen de imputación del daño implica un ejercicio de atribución que debe ir más allá de la mera averiguación causal o instrumental del hecho dañoso. En efecto, la doctrina vigente del Consejo de Estado define la imputación como una atribución normativa del hecho dañoso respecto del cual se persigue reparación. En reciente jurisprudencia, el mencionado cuerpo colegiado refiere que el estudio de la imputación

Exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño

especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado (Consejo de Estado. Sentencia del 16 de febrero de 2017. Consejero Ponente: Jaime Orlando santofimio Gamboa. Radicación número 33.976.).

La citada referencia jurisprudencial, además de exponer una definición vigente de la imputación, enfatiza la importancia y alcance del concepto de imputación objetiva, cuya función dentro del tratamiento de la responsabilidad estatal, tal como quedó consignado líneas atrás, es determinante en materia de atribución del daño, ya que ese ejercicio permite trascender la mera averiguación instrumental o causal del mismo, sin desconocer, desde luego, que el hecho material es importante dentro de la ecuación de responsabilidad estatal.

2.3 Los diferentes regímenes de responsabilidad y sus títulos de imputación en la jurisprudencia administrativa.

Quedó plasmado en el acápite anterior que la imputación del daño antijurídico al Estado se realiza en términos de atribuibilidad jurídica o normativa o lo que es lo mismo, en virtud de un ejercicio de imputación objetiva, el cual implica ir más allá de la mera averiguación causal, fáctica o material del hecho dañoso.

Este ejercicio, una vez concebido como abstracción conceptual, adquiere operatividad a través de los diferentes títulos de imputación de responsabilidad esbozados por la doctrina y la jurisprudencia, a saber: falla del servicio, el daño especial y el riesgo excepcional. En el acápite de tratamiento doctrinario de estos títulos se evidenció que también existen dos regímenes de responsabilidad del Estado: el subjetivo y el objetivo. El primero es desarrollado por la falla del servicio, mientras que

el segundo es desarrollado, en esencia, por los títulos de daño especial y riesgo excepcional.

El presente apartado se ocupará, en consecuencia, del tratamiento de los regímenes y títulos de imputación de responsabilidad dentro de la jurisprudencia del Consejo de Estado, para lo cual se analizarán las sentencias más representativas de esa corporación en la materia.

- Consejo de Estado, sentencia del 19 de abril de 2012. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón. Radicación número 21.515. Supuestos fácticos: Daños causados a inmuebles por atentado terrorista. Arguye en este proveído el Consejo de Estado:

En lo que refiere al derecho de daños (...) se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a la adopción de diversos “títulos de imputación” como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación. (...) el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Antes y después de 1991 los regímenes y títulos de imputación ostentan la importancia que la doctrina y la jurisprudencia le han conferido como sustratos

argumentativos de responsabilidad patrimonial del Estado. El trozo de sentencia que se acaba de referenciar pone de presente esa importancia, especialmente de los títulos de imputación, en cuya labor analítica del caso puntual bajo examen, el juez ha de establecer con soporte en cuál título de imputación debe resolverse la controversia de responsabilidad pública puesta a su conocimiento, pudiendo tener cabida el que brinde las más adecuadas bases argumentativas.

2.3.1 Régimen subjetivo de responsabilidad del Estado

El régimen subjetivo de responsabilidad patrimonial extracontractual encuentra su fundamento, al igual que el objetivo, en el artículo 90 de la Constitución Política, siendo característico de aquel régimen para su procedencia, la acreditación de i) la producción real de un daño antijurídico ii) la imputabilidad de ese daño a la Administración Pública, y adicionalmente, a diferencia del régimen objetivo, iii) la acreditación de un actuar irregular por parte de la Administración, es decir, se hace imperiosa la demostración del elemento culpa, si se pretende ver comprometida la responsabilidad patrimonial del Estado.

Dentro de este panorama, al afectado le corresponde la carga de probar dentro de la acción judicial respectiva no solo la causación del daño antijurídico, sino, además, la imputación (tanto causal como jurídica) de ese daño al actuar irregular de la autoridad pública. Esta, a su vez, en pro de exonerarse de responsabilidad, deberá demostrar ausencia de culpa o una causa extraña: fuerza mayor, hecho o culpa exclusiva de la víctima y el hecho determinante de un tercero.

En este punto, más que romper el nexo causal entre el hecho dañoso y el comportamiento o actuar del Estado, lo que se busca es excluir “la posibilidad de atribuir jurídicamente la responsabilidad de reparar el daño a la entidad

demandada”(República de Colombia, Consejo de Estado. Sentencia, 2009), ya que la imputación del daño al Estado no se hace en términos de mera causalidad material, naturalística o fenoménica, sino de imputación objetiva (causal y jurídica), valorativa, de atribución jurídica, y ello, como se anotó en el acápite anterior, se realiza a través de la aplicación de los diversos títulos de imputación elaborados por la doctrina y la jurisprudencia.

2.3.1.1 La falla del servicio

Frente al análisis de este título de imputación, se hace referencia a la definición del mismo en Consejo de Estado, sentencia del 30 de marzo de 1990. Consejero Ponente: Antonio J. de Irisarri Restrepo. Radicación número 781-ce-sec3-exp1990-n3510, cuyos supuestos fácticos hacen referencia a captura irregular realizada por el extinto DAS, en los siguientes términos:

La falla del servicio es la violación del contenido obligacional que se impone al Estado, y que puede ser infringido, ya sea porque así se deduce nítidamente de una norma que estatuye con precisión aquello a lo cual está obligado el Estado frente al caso concreto, ya sea porque así se deduce de la función genérica del Estado, que se encuentra plasmada prioritariamente en el artículo 16 de la Constitución Política.

En el fallo de la referencia la responsabilidad del Estado se estudia con arreglo al artículo 16 de la Constitución Política de 1886, resultado obvio el recurso a ese fundamento normativo, porque cronológicamente era inexistente una cláusula general de responsabilidad como la contenida hoy en el artículo 90 de la Constitución de 1991.

También en Consejo de Estado, sentencia del 27 de noviembre de 2002. Consejero Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Radicación 13.774, donde se analiza

la falla del servicio de vigilancia en atentados terroristas, la jurisprudencia se refiere al tópico en los siguientes términos:

Para explicar esta situación la jurisprudencia ha aplicado, según el caso, los regímenes de responsabilidad por falla y por riesgo, según el caso; así: RESPONSABILIDAD POR FALLA cuando el daño se produce como consecuencia de la omisión del Estado en la prestación de los servicios de protección y vigilancia, es decir, cuando la imputación se refiere a la actuación falante o irregular de la Administración por su actuar omisivo, al no utilizar todos los medios que a su alcance tenía con conocimiento previo (previsible) para repeler, evitar o atenuar el hecho dañoso del tercero. Para determinar si la conducta del Estado fue anómala o irregular, por acción o por omisión, frente al hecho dañoso perpetrado por el tercero debe analizarse si para la Administración y para las autoridades era previsible que se desencadenara el acto terrorista. Este aspecto constituye uno de los puntos más importantes a analizar dentro de este régimen, pues no es la previsión de la generalidad de los hechos (estado de anormalidad del orden público) sino de aquellas situaciones que no dejan casi margen para la duda, es decir, las que sobrepasan la situación de violencia ordinaria vivida”

En similar sentido en Consejo de Estado, sentencia del 18 de febrero de 2010. Consejero Ponente: Myriam Guerrero de Escobar. Radicación número 17.183, caso que se refiere a daños sufridos por ciudadano con arma de dotación oficial, la corporación sostiene:

En cuanto al régimen de falla del servicio, la Sala, de tiempo atrás, ha dicho que ésta ha sido en nuestro derecho y continúa siendo el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete - por principio - una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual.

Las anteriores referencias permiten deducir que la falla del servicio puede predicarse tanto por acción como por omisión. Y que el régimen subjetivo de responsabilidad, desarrollado por la falla del servicio, es el título de imputación de responsabilidad por excelencia y por el cual debe principiar el estudio de la responsabilidad de un caso concreto, lo cual no raya con lo tenido por la corporación en otros pronunciamientos, según los cuales el artículo 90 no privilegió ningún título en particular (República de Colombia, Consejo de Estado. Sentencia de 2015). Significa ello que en cada caso puntual, el fallador debe mirar las particularidades del caso y aplicar el título que mejor encuadre en la solución, cuyo análisis, no obstante, debe principiar buscando una falla del servicio.

La corporación, en Consejo de Estado, sentencia del 29 de enero de 2014. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón. Radicación número 28.980, caso que hace referencia a daños causados por no entrega de inmueble por constructora de proyecto urbanístico, manifestó:

Se tiene que el primer elemento de la falla del servicio por omisión es el de la determinación de la existencia de la obligación a cargo del Estado, que, de haberse cumplido, hubiera producido la ruptura del nexo causal, que habría impedido el daño. (...) se encontró demostrado que la Sociedad Comercial Inversiones Jiménez Hermanos Ltda., pese a estar registrada como urbanizadora ante la Superintendencia Bancaria - registro oficial que imponía a la administración la vigilancia y el control estatal sobre su gestión y responsabilidades-, procedió a prometer en venta los apartamentos del proyecto urbanístico denominado “Conjunto Residencial Villa Palma”, sin haber obtenido previamente el permiso para ello. (...) la existencia de unas obligaciones concretas a cargo del Estado que, de haberse cumplido, hubieran evitado el daño patrimonial que sufrió la parte demandante, hay lugar a declarar patrimonialmente responsable a la entidad demandada por falla en el servicio por omisión, pues resulta claro, que de tomarse los correctivos legales para imposibilitar la oferta y la enajenación de los

inmuebles prometidos en venta por una sociedad que no estaba autorizada para ello, la demandante no hubiese celebrado con el urbanizador el referido acto jurídico de venta y, menos entregado suma de dinero alguna.

Merece reparo la afirmación de la Corporación cuando sostiene que el cumplimiento de la respectiva obligación rompe el nexo causal. En realidad, y tal como se advirtió líneas atrás, no es el nexo causal el que se ataca cuando se propone una causal exonerativa de responsabilidad por parte del demandado. Lo que se persigue es impedir la atribución jurídica del daño al demandado, pues el juicio de imputación no es meramente causal; es también jurídico o normativo.

En Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014. Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero, Radicación número 32.988, cuya narración fáctica refiere caso de daños causados por retención ilegal, desaparición forzada y ejecución extrajudicial, esto expresó la alta magistratura:

En el caso sub examine, la Sala advierte que el daño alegado por la parte actora se encuentra acreditado con la muerte de señores Heliodoro Zapata Montoya y Alberto Antonio Valle, y la desaparición de los señores José Elías Zapata Montoya y Félix Antonio Valle Ramírez. (...) Ahora bien, es importante resaltar que el daño en este caso comporta graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario y, en consecuencia, tendrá relevantes implicaciones en el juicio de imputación de cara a garantizar los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral de las víctimas. (...) Los anteriores precedentes judiciales sobre falla del servicio por graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario de civiles víctimas del conflicto armado interno son aplicables al caso concreto, (...) En suma, para la Sala se encuentran acreditados todos los elementos para que pueda predicarse la falla del servicio por la conducta altamente reprochable de algunos miembros del Ejército Nacional, ya que, de acuerdo con las pruebas que obran en el proceso, se puede concluir que los militares que participaron en la operación “Neptuno” el 28 de marzo de 1997, privaron injustamente de la

vida a Heliodoro Zapata Montoya y Alberto Antonio Valle Ramírez y desaparecieron forzosamente a José Elías Zapata y Félix Antonio Valle Ramírez, en contraste con las afirmaciones de la entidad demandada, según la cual, el día de los hechos se presentó un hostigamiento armado con grupos armados ilegales al margen de la ley, argumento que les permitió hacer aparecer a los mencionados señores como si se tratara de guerrilleros que fallecieron en la reyerta militar, y ocultar la verdad sobre el paradero de José Elías Zapata y Félix Antonio Valle. Esta conducta censurable de los agentes estatales produjo graves daños antijurídicos, lo cual conlleva a declarar la responsabilidad patrimonial y extracontractual del Estado y a ordenar su reparación integral en favor de los demandantes, por lo cual se revoca la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones”

El proveído de la referencia hace alusión a la falla del servicio derivada de la violación grave de los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, cuya constatación incluso, según cierto sector de la jurisprudencia, amerita elevar el monto indemnizatorio por concepto de perjuicios morales.

Y en Consejo de Estado, sentencia del 07 de septiembre de 2015. Consejero Ponente: Jaime O. Santofimio Gamboa. Radicación número 51.388, cuya narración fáctica hace relación a daños ocasionados a civiles en operativos militares dentro del marco del conflicto armado interno, expuso la alta magistratura que en estos casos el título aplicable es la falla del servicio:

Tratándose de situaciones ocurridas en el marco del conflicto armado interno, el Estado debe orientar su accionar no sólo a cumplir los mandatos constitucionales (...) y legales, sino también a dar cabal aplicación y respetar lo consagrado en el Protocolo II a los Convenios de Ginebra (...) En la dimensión constitucional, de acuerdo con lo consagrado en la Constitución Política, es claro que la obligación positiva que asume el Estado de asegurar a todas las personas residentes en Colombia la preservación de sus derechos a la vida y a la integridad física, como manifestación expresa de los derechos fundamentales a la vida, integridad

personal y a la seguridad personal, no se encuentra dentro de la clasificación moderna de las obligaciones como una obligación de resultado sino de medio, por virtud de la cual son llamadas las distintas autoridades públicas a establecer las medidas de salvaguarda que dentro de los conceptos de razonabilidad y proporcionalidad resulten pertinentes, a fin de evitar la lesión o amenaza de los citados derechos fundamentales. De tal manera, cabe observar la atribución jurídica del daño antijurídico, en principio, a las entidades demandadas por falla en el servicio se hace consistir en el incumplimiento e inobservancia de los deberes positivos derivados de exigencias convencionales, (...) constitucionales, y legales, que pueden ser constitutivos de una falla en el servicio.

Una particularidad de esta referencia es que se aborda la falla del servicio por omisión en el deber convencional y constitucional de protección y cuidado de persona protegida, ajena a la confrontación armada y ante la cual el Estado ostenta una posición de garante institucional.

En Consejo de Estado, sentencia del 26 de abril de 2018. Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. Radicación número 44.826, donde se narra un caso de muerte de civil por grupos al margen de la ley, la corporación reflexiona así en torno de la falla del servicio:

La Sala, de tiempo atrás ha dicho que la falla del servicio ha sido en nuestro derecho, y continua siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a cargo del Estado, no hay duda de que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual. (...) Por lo expuesto, las obligaciones que están a cargo del Estado –y por tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión–, han de mirarse en concreto frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo.

Se le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su desidia en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria.

En el fallo de la precedencia el Consejo de Estado hace hincapié en el carácter preferente de la falla del servicio dentro del estudio de responsabilidad en un caso específico, reiterando en su jurisprudencia que la falla del servicio es el título jurídico de imputación por excelencia.

En reciente fallo de unificación jurisprudencial, la Corte Constitucional se refiere a la falla del servicio diciendo que

Este título de imputación ha sido entendido tradicionalmente como el equívoco, nulo o tardío funcionamiento del servicio público; sin embargo, la comprensión que se le ha dado al régimen de falla del servicio a partir de la expedición de la Constitución de 1991 ha variado, para ser considerada como la violación de una obligación a cargo del Estado, lo cual apareja que su naturaleza sea subjetiva, pues implica un reproche abstracto de la conducta estatal, sin el análisis de la culpa o el dolo en la conducta particular del agente estatal(Corte Constitucional, Sentencia del 05 de julio de 2018. Magistrado Ponente: José Fernando Reyes Cuartas. Radicación número SU-072).

La definición actual de la falla del servicio la trae la precitada sentencia del 26 de abril de 2018, providencia en la que el Consejo de Estado se refiere a este título de imputación como la falta en la prestación del servicio, falta que se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por la ausencia del mismo, generando con ello una afectación o daño al particular(Consejo de Estado, sentencia del 26 de abril de 2018. Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez R. Radicación número 44.826).

La Corte Constitucional, en su facultad interpretativa de la Constitución Política, define la falla del servicio a partir de su análisis del artículo 90 superior para

considerarla “como la violación de una obligación a cargo del Estado, lo cual aparea que su naturaleza sea subjetiva, pues implica un reproche abstracto de la conducta estatal” estatal(Corte Constitucional, sentencia del 05 de julio de 2018. Magistrado Ponente: José Fernando Reyes Cuartas. Radicación número SU-072).

En conclusión, el tratamiento jurisprudencial en relación con la falla del servicio refleja que es un título de recurrente utilización por parte del Consejo de Estado, lo cual pone de relieve que la responsabilidad del Estado contenida en el artículo 90 superior dista mucho de ser objetiva y que el nuevo fundamento conceptual de responsabilidad propuesta en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, esto es, el daño antijurídico, no tuvo la virtualidad de reemplazar ni de demostrar la insuficiencia de la falla del servicio.

2.3.2 Régimen objetivo de responsabilidad del Estado

La responsabilidad objetiva “se caracteriza porque no se encuentra dentro de ella ningún comportamiento irregular de la administración, no hay ninguna falla, el ente estatal normalmente cumple sus funciones de acuerdo a la ley”.(Arévalo H., 2011, p. 57).

Bajo el régimen objetivo de responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado, a diferencia del subjetivo, al actor le basta probar la producción del hecho dañoso, o daño antijurídico y su imputación (Causal y normativa) ala entidad pública, perdiendo toda importancia en el debate procesal si el comportamiento de la administración se ajustó o no al derecho. Para el demandante no se torna en un requisito indispensable la acreditación de una falla en el servicio, ya que bajo este régimen de responsabilidad pierde toda trascendencia el elemento culpa. Por su parte, la entidad pública, puede exonerarse de responsabilidad, acreditando fuerza mayor o el hecho exclusivo de la víctima.

A propósito de las causales de exoneración de responsabilidad, la doctrina enlista las siguientes:

Caso fortuito: Es el acontecimiento imprevisible, de inevitabilidad imprevisible, pero con posibilidad de resistir, que no exonera de responsabilidad a quien le es imputable la causación del daño, por hacer parte de su propia actividad interna. La fuerza mayor: Es un acontecimiento imprevisible, irresistible y externo a la actividad el demandado en el proceso de responsabilidad que hace que se desvíe o desplace el nexo de imputación a ese acontecimiento constitutivo, o sea, el nexo de imputación se dirige al acontecimiento y no al demandado; es un desplazamiento o desvío del nexo de imputación a un evento extraño al demandado. El hecho de la víctima: Es una causal eximente de responsabilidad por constituirse en una conducta atribuible al propio lesionado, a la propia víctima, quien con su actuar, culposo o no, contribuyó a la ocurrencia del hecho productor del daño. Y el hecho de un tercero: Es simple la exoneración si se logra demostrar que la culpa o hecho del tercero es exclusivo y determinante; no siéndolo, debe operar la compensación en iguales condiciones a como opera en el hecho de la víctima, o sea, compensar el daño de acuerdo con la intensidad de la participación de la víctima en la producción del daño, teniendo en cuenta para ello la teoría de la concurrencia de culpas de hechos (Duque, J., 2017, p.p. 100-118).

Las causales de exoneración, entonces, tienen sus notas distintivas de aplicación de acuerdo al régimen y título de responsabilidad que se alegue en el caso puntual. En este punto, la generalidad de la doctrina concibe solo tres causales exonerativas de responsabilidad en materia de derecho administrativo de daños: fuerza mayor, hecho de la víctima y hecho de un tercero (Viveros, 2015, p. 187). Pero hay segmentos de la misma doctrina que enlistan una cuarta causal: el caso fortuito, causal respecto de la cual debe destacarse que no exonera de responsabilidad a quien se le imputa el daño por hacer parte de su propia actividad interna (Duque J., 2017, p. 107).

Este sentir es exteriorizado también por la jurisprudencia, la cual conceptúa que lo contrario ocurre con la fuerza mayor, que sí es una causal exonerativa de responsabilidad en atención a su origen extraño o ajeno a la actividad del demandado (Consejo de Estado, sentencia del 07 de julio de 2011. Consejera Ponente: Olga Mérida Valle de la Hoz. Radicación número 18.194). Es decir, el evento es exonerativo de responsabilidad no solo por ser externo al demandado, sino también por ese componente adicional de imprevisibilidad e irresistibilidad para el demandado.

2.3.2.1 El Daño especial

Como forma de responsabilidad objetiva, el actuar de la autoridad pública es ajustado a derecho, pero con él causa daños a los particulares.

La primera referencia jurisprudencial a la teoría del daño especial data del año de 1947, al decidirse la existencia de responsabilidad patrimonial del Estado por los perjuicios causados al periódico El Siglo en el año de 1944, al no haberle nombrado censor, con lo cual se impidió su circulación. El Consejo de Estado consideró en aquel entonces que si bien la influencia del derecho comparado era de gran utilidad para la jurisprudencia, este debía adoptar nuevas instituciones que acompañaran la realidad nacional. Así expuso tal criterio:

Es que Colombia no puede seguir atada, en forma inseparable e indisoluble a instituciones jurídicas y a las jurisprudencias extranjeras. Bien está que, en presencia de normas similares en el fondo, o de temas comunes a la vida social de todos los pueblos civilizados se aprovechen las enseñanzas de eminentes autores. Pero los países tienen por múltiples factores de variado linaje, sus características propias, su filosofía distinta, que justifican una legislación acompañada con la estructura que les es peculiar. Y esta Nación, en el caso concreto que se examina, como en muchos otros, ha reaccionado contra la tradición foránea, adoptando instituciones legales de auténtico

avance y originalidad, compatibles con su índole nítidamente Civil, principalmente cuando de respeto de terceros se trata. No quiere que nadie sufra perjuicios, pero si las circunstancias de un momento dado determinan fatalmente a obrar, así sea con aplicación del principio, según el cual el interés general prevalece sobre el interés individual u objetivo, viéndose el Estado en la necesidad de realizar actuaciones capaces de lesionar a alguien, aunque involuntariamente, establece la forma de dejarlo completamente indemne.

Examinadas las anteriores doctrinas modernas, bien se ve que, comparadas con remotas teorías de derecho, la jurisprudencia ha venido en constante progreso, no por saltos sino lentamente, partiendo del viejo principio de la irresponsabilidad total y pasando gradualmente por los de la responsabilidad culposa y la responsabilidad sin falta, a los en vigor del enriquecimiento sin causa y del daño especial, señalando los avances del derecho tanto en el tiempo como en el espacio.

Ahora bien: al aplicar tales doctrinas jurídicas, expuestas, según se ha visto, con envidiable claridad por eminentes tratadistas, es evidente, desde luego, que en el caso de autos debe desecharse por improcedente la relativa al enriquecimiento, puesto que el Estado no derivó ningún aumento de patrimonio con la suspensión del diario El Siglo, ni mucho menos con detrimento de esta Empresa; y, en cambio, acogerse la del daño especial, en armonía con la de la responsabilidad sin falta(Consejo de Estado, sentencia, 1947. Consejero Ponente: Gustavo A. Valbuena)(Subrayas no son del texto original).

La adopción de esta teoría del daño especial por parte de la jurisprudencia nacional hizo énfasis únicamente en el carácter del daño, adopción que se hizo de manera expresa y consciente. Criterio reiterado en sentencia del 30 de septiembre de 1949, en la cual el Consejo de Estado sostuvo:

El Estado en ejercicio de su soberanía puede en veces afectar los derechos de los particulares, pero si esa afectación es igual para todos los individuos que

se encuentran en las mismas condiciones no hay violación de la justicia distributiva que justifique jurídicamente la responsabilidad. Es por tanto característica de la responsabilidad del Estado que el daño sea especial, lo que ocurre según Bonnard, cuando en una categoría dada de individuos, colocados en una misma situación, el daño no afecta sino a uno o algunos de ellos, pues si todos los que se hallen en estas situaciones son o pueden ser afectados por el daño, el individuo se encuentra en presencia de una carga pública, como lo son, por ejemplo: los inconvenientes normales de vecindad que todo propietario debe soportar por el hecho de las propiedades vecinas. El daño debe ser, por tanto, excepcional y anormal, porque la responsabilidad no proviene de la naturaleza del hecho que cause el daño, sino del carácter singular o excepcional del daño ocasionado(Consejo de Estado, sentencia del 30 de septiembre de 1949. Consejero Ponente: Pedro Gómez Parra).

Con lo anterior, se advierte que el Consejo de Estado, en búsqueda de los contenidos materiales de justicia, de acuerdo con los conceptos de equidad y justicia distributiva, consideró que debía acudir a la aplicación del título de imputación del daño especial para definir la responsabilidad de la Administración.

También en Consejo de Estado, sentencia de 28 de octubre de 1976. Consejero Ponente: Jorge Valencia Arango. Radicación número 1.482, afirma el Consejo de Estado:

Es que la responsabilidad sin falta, por daño especial, encuentra su respaldo en la equidad que campea como espíritu general de la Constitución y tiene especial repercusión en los artículos 30 y 33 de dicho estatuto, constitutivos de principios generales de derecho público interno, suficiente para configurar la responsabilidad. El Estado ha cumplido, pero la Nación, tributaria de aquel y destinatario de los resultados de su gestión, se ha beneficiado a costa del desmesurado, anormal e imprevisible daño sufrido por uno de los administrados y, por equidad, debe concurrir a compensar el daño causado.

Señala la alta corporación en el referido fallo que la teoría del daño especial tiene su fundamento en la equidad, ya que existen eventos en los cuales deberá el Estado entrar a reparar los perjuicios sufridos por las personas pese a que ningún reproche merezca su actuación, siempre que el daño ostente características de anormalidad y de especialidad.

En Consejo de Estado, sentencia del 20 de febrero de 1989. Consejero Ponente: Antonio J. Irisarri Restrepo. Radicación número 4.655, la magistratura señala que el daño especial se trata de una teoría de carácter especial, al dar preferencia a uno solo de los elementos de la responsabilidad, “el daño sufrido por la víctima”. El Consejo de Estado señala que su aplicación es de carácter excepcional y residual, en tanto sólo deberá ser usada en eventos que, de analizarse a la luz de los regímenes comunes de responsabilidad, terminarían en un fallo absolutorio, pero “a la vez” notoriamente injusto. Así lo expuso:

La existencia del Estado y su funcionamiento implican incomodidades o inconvenientes para los asociados, que éstos deben soportar en aras del bien colectivo en tanto y en cuanto esas incomodidades no sobrepasen un determinado umbral: el de la igualdad de los ciudadanos ante la ley y las cargas públicas. Cuando quiera que se quiebre esa igualdad, aun por el obrar legítimo y ceñido al derecho de la administración, será preciso restablecerla, resarcando los perjuicios que de tal manera hayan podido causarse, porque la equidad así lo impone.

Esta teoría se aplica de manera excepcional y por equidad, precisamente porque es subsidiaria, de modo que ha de recurrirse a ella tan sólo en eventos en los que el caso concreto examinado no logre su encasillamiento dentro de los otros regímenes de responsabilidad y se aprecie por el sentenciador que esa ausencia de tipicidad, si así puede decirse, comporta vulneración injustificada del principio de equidad.

En Consejo de Estado, sentencia del 13 de septiembre de 1991. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández. Radicación número 6.453, la alta magistratura afirma:

A manera de síntesis, para que pueda hablarse de responsabilidad administrativa por daño especial, es indispensable la concurrencia de los siguientes requisitos tipificadores de la figura, a saber:

- a) Que se desarrolle una actividad legítima de la administración;
- b) La actividad debe tener como consecuencia el menoscabo del derecho de una persona;
- c) El menoscabo del derecho debe tener origen en el rompimiento del principio de la igualdad frente a la ley y a las cargas públicas;
- d) El rompimiento de esa igualdad debe causar un daño grave y especial, en cuanto recae sólo sobre alguno o algunos de los Administrados;
- e) Debe existir un nexo causal entre la actividad legítima de la administración y el daño causado; y
- f) El caso concreto no puede ser susceptible de ser encasillado dentro de otro de los regímenes de responsabilidad de la administración.

Se trata, entonces, de una responsabilidad objetiva dentro de la cual, demostrado el hecho, el daño y la relación de causalidad entre uno y otro se produce la condena, teniendo en cuenta (...) que se presenten los demás elementos tipificadores de este especial régimen.

Es decir, en materia de achaque de responsabilidad estatal, la corporación estableció solo la necesidad de la existencia de un nexo de causalidad (Material o fáctico) entre el hecho y el daño sufrido. Apenas es comprensible esa postura conceptual del Consejo de Estado, si se tiene en cuenta que la precitada sentencia fue proferida dentro de ese fugaz período jurisprudencial que concebía una responsabilidad netamente objetiva afincada en la noción de daño antijurídico, con lo cual la imputación del daño se reducía a la mera atribución fáctica o material.

- Consejo de Estado, sentencia de 9 de febrero de 1995. Consejero Ponente: Julio César Uribe Acosta. Radicación número 9.550. Narra daños causados por ataque terrorista contra instalaciones del Estado. El Consejo de Estado hace la siguiente afirmación:

Como se puede apreciar, el PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL se informa, a su vez, en razones de EQUIDAD, criterio auxiliar en la actividad judicial. Como es bien sabido, ella es la idea fundamental en el concepto de justicia, como lo recuerda John Rawls, en su obra “Justicia como Equidad”. Por ello enseña:

La cuestión de la equidad surge cuando personas libres que carecen de autoridad las unas sobre las otras se embarcan en una actividad conjunta y establecen o reconocen entre ellas las reglas que definen esa actividad y que determinan las respectivas cuotas en LOS BENEFICIOS y LAS CARGAS. Una práctica parecerá equitativa a las partes si ninguno siente que, por participar en ella, que él o alguno de los demás está sacando ventaja, o está siendo forzado a ceder ante pretensiones que no considera legítimas. Esto implica que cada uno tiene una concepción de lo que son pretensiones legítimas, y piensa que es razonable que los otros la reconozcan tanto como él. Si se piensa en los principios de justicia como surgiendo de la forma descrita, entonces esos principios definen ese tipo de concepción. Una práctica es justa o equitativa, pues, cuando satisface los principios que los que en ella participan podrían proponerse unos a otros para su mutua aceptación en las circunstancias antes mencionadas. Las personas embarcadas en una práctica justa, o EQUITATIVA, pueden mirarse unas a otras abiertamente y defender sus respectivas posiciones -si es que parecieran cuestionables- por referencia a principios que es razonable esperar que cada uno acepte.

Es esta idea de la posibilidad de un mutuo reconocimiento de principios por personas libres que carecen de autoridad las unas sobre las otras la que hace que el CONCEPTO DE EQUIDAD sea fundamental para la justicia’.

Al dejar bien precisado que esta sentencia se informa también en la EQUIDAD, quede en claro que para llegar a ella la Sala ha hecho suya la perspectiva de cuestionamiento que el ilustre filósofo aconseja al Juez, cuando le exige: ‘...determinar qué pensaría que es justo e injusto si cada uno de esos intereses fuera tan enteramente el suyo como de hecho son los de otras personas, y de prestar su juicio sobre el caso tal como le parece que su sentido de la justicia exige tras haber articulado en su mente con todo cuidado los problemas que hay que decidir’ (Obra citada, pág.3). En otras palabras: Cualquiera de los magistrados que integran la Sala, de encontrarse en las mismas circunstancias externas de los demandantes, también habrían demandado del Estado la indemnización correspondiente, pues el derecho es justicia o no es.

Es enfática la jurisprudencia en reseñar que el concepto de equidad es transversal al régimen objetivo de responsabilidad cuando se trata de resolver casos de esta naturaleza al amparo del título de imputación de daño especial, y esa será la constante durante la década de los noventa, posición que más adelante fundamentará en una noción afín al principio de equidad, cual es la solidaridad, tal como se expone en la siguiente cita jurisprudencial.

- Consejo de Estado, sentencia del 03 de mayo de 2007. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Radicación número 16.696. Narra daños causados por enfrentamiento entre agentes del Estado y delincuentes. Se expresa el Consejo de Estado de la siguiente manera:

En el presente caso la imputación de responsabilidad se realiza con fundamento en el daño especial, que, como se extrae de lo antes expuesto, asienta su validez en valores y principios constitucionales que han sido aplicados en reiteradas y variadas ocasiones por la jurisprudencia de esta corporación. (...)

El resarcimiento de los perjuicios, en aplicación de los principios de igualdad y solidaridad, debe correr a cargo del Estado, pues fue como producto de su

actividad legal y legítima que Angélica M. Osorio sufrió el daño. Daño que se entiende desproporcionado en relación con las cargas que normalmente deben asumir otros ciudadanos que se encuentran en su situación y que, por consiguiente, arroja como resultado la necesidad de reequilibrar las cargas públicas.

En resumen, el utilizar el daño especial como criterio de imputación en el presente caso implica la realización de un análisis que, acorde con el art. 90 de la Constitución, tome como punto de partida el daño antijurídico que sufrió la niña Angélica María Osorio; que asuma que el daño causado, desde un punto de vista jurídico y no simplemente de las leyes causales de la naturaleza, se debe entender como fruto de la actividad lícita del Estado; y, que, por consiguiente, concluya que es tarea de la administración pública, con fundamento en el principio de solidaridad interpretado dentro del contexto del Estado Social de Derecho, equilibrar nuevamente las cargas que, como fruto de su actividad, soporta en forma excesiva uno de sus asociados, alcanzando así una concreción real el principio de igualdad (Subrayas no son del texto original)

Con base en lo anterior resulta claro que el régimen de responsabilidad por daño especial da preponderancia en el análisis, en el terreno de la imputación, a la situación de la víctima y no a la causalidad de los hechos, lo cual permite fundamentar la responsabilidad, de manera subsidiaria, en el principio constitucional de solidaridad y, simultáneamente, una adecuada aplicación del principio, también de estirpe constitucional, de la prevalencia de la justicia material como orientadora de la labor judicial. Esta tesis se expone con claridad en el siguiente extracto jurisprudencial, correspondiente a Consejo de Estado, sentencia del 03 de mayo de 2007. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Radicación número 16.696:

Esta es, precisamente, la esencia del daño especial, la injusticia material que se derivaría de seguir otro parámetro de responsabilidad estatal en un caso

concreto, situación que impone sobre los hombros del juez el deber de excepcionar la aplicación del régimen general con el objeto de dejar actuar la justicia material que de sentido al Estado Social de Derecho.

Esta aproximación sirve para reforzar la idea de que la equidad en ningún momento debe entenderse como consecuencia del arbitrio judicial; por el contrario, se trata del uso de la discrecionalidad que permite -e incluso, en algunos casos exige- el ordenamiento para eventos en que la vía excepcional es la que cumple con el valor de justicia material que se busca.

La aplicación de la teoría de daño especial surgió de la necesidad de garantizar los principios constitucionales de solidaridad y equidad, por tanto el Estado debe responder patrimonialmente no porque su comportamiento pueda entenderse constitutivo de reproche, sino por la necesidad de restablecer en este caso concreto el equilibrio frente a las cargas públicas y, en tal virtud, acompañar a las víctimas injustamente ofendidas, de forma que se garanticen efectivamente - y no en el campo de la retórica- los principios constitucionales de equidad, solidaridad y se restablezca el principio de igualdad frente a las cargas públicas.

- Consejo de Estado, sentencia del 26 de febrero de 2015. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón. Radicación número 29.338. Se refiere a hechos relacionados con un ataque guerrillero contra miembros de la fuerza pública y en los se causaron lesiones físicas a civiles. Así razonó el Consejo de Estado:

El otro título de imputación de stirpe objetivo, denominado por la jurisprudencia como de daño especial, traslada el estudio de la imputación, valga la redundancia, al daño mismo desde la perspectiva de la víctima, para deducir si la no reparación del perjuicio causado llegaría a configurar un atentado directo contra los principios constitucionales de justicia, solidaridad y equidad.

No es menos cierto que para deducir la falla en el servicio ha de contarse con los elementos de prueba mínimos que permitan entender que los militares actuaron de

manera defectuosa o no actuaron en el cumplimiento de sus funciones o que durante la prestación del servicio desatendieron los procedimientos de rigor -para los cuales han sido preparados, aspectos éstos que en el presente caso no fueron demostrados.

Este fundamento de responsabilidad, debe anotarse, tiene su elemento esencial determinante en la magnitud “anormal o especial” del daño que da lugar a la reclamación resarcitoria, independientemente de la naturaleza del hecho que lo causa.

La narración fáctica de la citada sentencia hace relación a los ataques terroristas de los cuales son víctimas no solo los miembros de la fuerza pública, sino también y de manera especial la población civil. En situaciones como estas, el Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de estudiar la responsabilidad estatal de manera recurrente a la luz del título de imputación de riesgo excepcional, pero en este caso particular que trae la citada sentencia el título de imputación aplicable fue el del daño especial. Quiere ello decir que la jurisprudencia, en tratándose de daños causados por actos terroristas dentro del marco del conflicto armado interno, indistintamente ha utilizado cualquiera de los tres títulos de imputación de responsabilidad, tal como lo reseña en el siguiente fallo:

En reciente pronunciamiento de unificación, la Sección Tercera del Consejo de Estado estudió la responsabilidad estatal por actos violentos de terceros, y señaló que así como la Constitución de 1991 no privilegió ningún título de imputación, el juez contencioso administrativo no puede escoger un único título de imputación en daños ocasionados por actos violentos de terceros, tales como ataques de grupos armados organizados al margen de la ley contra bienes o instalaciones del Estado, toda vez que los escenarios pueden variar en función de la situación fáctica probada dentro del proceso (...) [S]i existe una falla en el servicio derivada de una infracción del D.I.H., los títulos de imputación enmarcados dentro del régimen de responsabilidad objetiva se hacen inoperantes y no pueden, en principio, llegar a constituir el fundamento de la responsabilidad, por cuanto estos

últimos se edifican sobre conductas de origen lícito y legítimo. En tal virtud, el régimen subjetivo de responsabilidad no puede cohabitar conceptualmente con los regímenes objetivos de responsabilidad del Estado por daños causados por actos violentos de terceros, cuando se revela del acervo probatorio la existencia de una falla ostensible y clara a cargo de la entidad demandada; por lo tanto, la aplicación de estos regímenes es subsidiaria respecto del régimen de responsabilidad subjetiva (...) En lo concerniente a la aplicación teórica de la responsabilidad objetiva, por hechos de terceros en el marco del conflicto armado interno, para que se establezca un daño especial se deben configurar imperativamente sus elementos estructuradores, esto es, cuando el Estado con su iniciativa y en cumplimiento de sus obligaciones jurídicas, produce un daño grave y especial en una persona en el que se funda la pretensión de indemnización. Por su parte, si la actividad del Estado es jurídica, legítima, riesgosa, y el daño deviene de la concreción de un riesgo edificado sobre la base del cumplimiento de obligaciones convencionales, constitucionales y legales, el fundamento será el título de riesgo excepcional. [P]odría concluirse que si existe una falla en el servicio derivada de una infracción del D.I.H., los títulos de imputación enmarcados dentro del régimen de responsabilidad objetiva se hacen inoperantes y no pueden, en principio, llegar a constituir el fundamento de la responsabilidad, por cuanto estos últimos se edifican sobre conductas de origen lícito y legítimo. En tal virtud, el régimen subjetivo de responsabilidad no puede cohabitar conceptualmente con los regímenes objetivos de responsabilidad del Estado por daños causados por actos violentos de terceros, cuando se revela del acervo probatorio la existencia de una falla ostensible y clara a cargo de la entidad demandada; por lo tanto, la aplicación de estos regímenes es subsidiaria respecto del régimen de responsabilidad subjetiva(Consejo de Estado, sentencia del 15 de octubre de 2015. C. P. Ramiro Pazos Guerrero. Radicación número 35.194).

Así las cosas, y tal como lo señala la referida jurisprudencia, la responsabilidad del Estado por actos terroristas bien puede ser abordada desde cualquiera de los tres títulos tradicionales de imputación, pero preferiblemente desde la falla del servicio, caso en el cual los restantes títulos objetivos no tendrían cabida, poniendo de presente el

Consejo de Estado que el título subjetivo es el de aplicación por excelencia a la casuística de responsabilidad del Estado.

- Consejo de Estado, sentencia del 05 de julio de 2018. C. P. Marta Nubia Velásquez R. Radicación número 44.357. Refiere daños causados por obra pública. Expresó el Consejo de Estado:

En otras oportunidades esta Sala se ha ocupado de estudiar el régimen de responsabilidad aplicable a los casos en los cuales se reclama la indemnización de los perjuicios causados a los accionantes como consecuencia del ejercicio de una actividad lícita por parte del Estado, bajo el denominado régimen objetivo de responsabilidad por daño especial. (...)Se trata, entonces, de un régimen de responsabilidad que no tiene como fundamento un error o falla atribuible al Estado o a alguno de sus agentes, sino el ejercicio, por parte de aquél o de éstos, de actividades legítimas que pueden causar daños a los administrados quienes, en aras de garantizar la equidad y el equilibrio frente a las cargas públicas, deben ser indemnizados.

Refiere el extracto jurisprudencial un caso de daños ocasionados a bienes privados por obra pública, en el cual no se acreditó una conducta activa u omisiva, jurídicamente imputable a una autoridad pública. En este caso particular, expresó la alta magistratura que cuando el daño es anormal, excepcional y superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos, se está frente a un daño especial, el cual debe ser indemnizado en aras de garantizar la equidad y el equilibrio frente a las cargas públicas.

En relación con el daño especial, la Corte Constitucional afirma que es procedente su aplicación cuando

El Estado, en ejercicio de una actividad legítima, desequilibra las cargas públicas que deben soportar los administrados. Su naturaleza es objetiva comoquiera que para su materialización no exige que el acto estatal haya sido ilegal, lo cual, necesariamente, excluye la posibilidad de efectuar señalamientos de orden

subjetivo. De este régimen la jurisprudencia del Consejo de Estado predica un mayor juicio de equidad, en tanto el mismo tiene como finalidad reparar el sacrificio que un ciudadano ha debido soportar en pro del bienestar general (Corte Constitucional, sentencia del 05 de julio de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas. Radicación número SU-072).

Según la doctrina vigente de la jurisprudencia administrativa, el daño especial se define como

Un criterio de imputación en donde el desequilibrio de las cargas públicas, la equidad y la solidaridad son sus fundamentos, como materialización del reequilibrio ante una ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, fruto del perjuicio especial y anormal que debe soportar el administrado (Consejo de Estado, sentencia del 16 de febrero de 2017. C. P. Orlando Santofimio Gamboa. Radicación número 33.976).

En la citada referencia jurisprudencial, que narra una situación fáctica de daños a civiles y sus bienes con ocasión de combates entre grupos al margen de la ley y las fuerzas del orden, se deduce que para la definición del término de daño especial la jurisprudencia acude a los aportes teóricos de la doctrina y jurisprudencia foráneas, la francesa particularmente, ordenamiento donde se concibe el daño especial bajo la advocación de responsabilidad por la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas. Este mismo sentir comparte la doctrina nacional (Duque, 2017, p.96).

2.3.2.2 El riesgo excepcional

Este régimen objetivo de responsabilidad en un principio fue designado como régimen de presunción de culpa para luego tenerse como presunción de responsabilidad. Y al tratarse de una responsabilidad objetiva el Estado sólo se podía exonerar si probaba la existencia de la intervención de un factor de naturaleza externa, como el hecho

exclusivo de la víctima o de un tercero o la fuerza mayor, quedando excluido el caso fortuito como eximente de responsabilidad.

El principio de igualdad de las personas ante las cargas públicas es otro elemento propio de la teoría del riesgo, principio este según el cual el Estado debía responder por los daños que causaba aun ejerciendo su actividad legítima. Pero este hecho sirve de precedente porque generó en parte la confusión entre la llamada responsabilidad por riesgo y la responsabilidad por daño especial.

En general, esta teoría consiste en la creación de un riesgo por parte del Estado que causa daño a un particular. Ha precisado el Consejo de Estado que el régimen de responsabilidad por riesgo excepcional puede incluirse dentro de los denominados regímenes objetivos, en los que el elemento falla del servicio no entra en juego. El actor no está obligado a probar la culpa de la administración, ni el demandado a desvirtuarla; la administración sólo se exonera demostrando la existencia de una causa extraña que haga imposible la atribución jurídica.

Es relevante mencionar los fallos del 02 de febrero de 1984 y del 08 de marzo de 1984, para destacar que con ellos inicia la jurisprudencia administrativa la aplicación de la teoría del riesgo excepcional en Colombia. A continuación, se reseñan otros fallos del Consejo de Estado en relación con este título de imputación.

- Sentencia del 20 de febrero de 1989, donde define claramente el concepto:

Según esta teoría, el Estado compromete su responsabilidad cuando quiera que en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, desarrollados en beneficio de toda la comunidad, emplea medio o utiliza recursos que colocan a los administrados, bien en sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar un “riesgo de naturaleza excepcional” que, dado su particular gravedad, excede notoriamente las cargas que normalmente han de

soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o la prestación del servicio(Consejo de Estado, sentencia del 20 de febrero de 1989. Consejero Ponente: Antonio J. Irisarri Restrepo. Radicación número 4.655).

Es de notoria ocurrencia que la jurisprudencia administrativa, en el tratamiento de los títulos objetivos de imputación de responsabilidad, indistintamente haga alusión a la elaboración conceptual de las cargas públicas como sustrato argumentativo tanto del riesgo excepcional como del daño especial, con lo cual incurre en cierta imprecisión, pues en criterio de este estudio, el riesgo excepcional está más relacionado con las actividades peligrosas, susceptibles de poner en riesgo a los particulares, en tanto que el daño especial sí tiene afinidad con el postulado del desequilibrio de las cargas públicas.

Sin embargo, posteriormente la jurisprudencia hace extensiva la aplicación de este título a todos los casos en los cuales la actividad del Estado se catalogaba de peligrosa, como el uso de armas de fuego, la conducción vehículos automotores y aeronaves, entre otros. Sin duda alguna el desarrollo jurisprudencial ha catalogado la teoría del riesgo excepcional dentro del régimen de responsabilidad objetiva.

- Consejo de Estado, sentencia del 25 de febrero de 1993. Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo. Radicación 7.742. Narra daños -incendio de carro tanque-, causados por operativos militares. En este fallo el Consejo de Estado dijo:

La fundamentación de la responsabilidad en casos como el presente se venía manejando con fundamento en el riesgo especial o excepcional; y hoy puede con mayor facilidad apoyarse en el mandato contenido en el Art. 90 de la nueva Carta Constitucional. El daño es antijurídico no solo cuando la administración que lo causa actúa irregularmente sino cuando esa conducta lesiva esté ajustada al ordenamiento. Cuando se afirma que el daño se produjo sin falta o falla de la

administración, pero el que lo sufre no tenía por qué soportarlo, el acreedor deberá demostrar el daño y el porqué, pese a ser legal la actuación de la administración, no tenía por qué sufrirlo.

En realidad el fallo de la referencia refleja la orientación jurisprudencial de los primeros años posteriores a la entrada en vigencia del artículo 90 superior, con su concepto clave: el daño antijurídico. Concepto éste que no obstante haber creado confusión en relación con la naturaleza de la responsabilidad estatal normada en dicho canon superior, la cual se pensó que era netamente objetiva, fue replanteado por la jurisprudencia en su alcance, con lo cual continuó dando vigencia y aplicación a las tradicionales teorías de responsabilidad como la falla del servicio, el daño especial y el riesgo excepcional. Los dos últimos títulos de imputación son procedentes en el análisis de responsabilidad cuando la administración causa daños en ejercicio de actividades lícitas.

- Consejo de Estado, sentencia del 16 de junio de 1997. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Radicación número 10.024. Así expresa el Consejo de Estado:

Reflexiones similares a las realizadas para justificar la teoría de la responsabilidad por el riesgo excepcional permiten afirmar, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, que el régimen aplicable en caso de daño causado mediante actividades o cosas que exponen a los administrados a un riesgo grave y anormal sigue siendo de carácter objetivo. En efecto, basta la realización del riesgo creado por la administración para que el daño resulte imputable a ella. Es ésta la razón por la cual la Corporación ha seguido refiriéndose al régimen de responsabilidad del Estado fundado en el riesgo excepcional, en pronunciamientos del consejo de Estado, posteriores a la expedición de la nueva Carta Política. se hace reiterativa, y se consolida la teoría de la responsabilidad extracontractual del Estado por riesgo excepcional, al ser aplicada por dicha corte en sentencias donde se puede ver como la teoría del riesgo excepcional en sus inicios fue desarrollada y aplicada para resolver los

casos en los que las redes eléctricas de alta tensión por hechos no atribuibles a las electrificadoras estatales, se caían y ocasionaban daños a las propiedades cercanas, a las personas y sus bienes; en dichas sentencias se define la actividad de conducción de fluido eléctrico como una actividad peligrosa que está a cargo de la administración, y que todo daño que tenga como origen este hecho debe ser indemnizado por la administración así no haya culpa por parte de ella ya sea por falta o falla en el servicio, ya que el fundamento mismo de la indemnización se haya en el riesgo a que se ven sometidos aquellas.

Es indiscutible la posición del Consejo de Estado, bien entrada la década del noventa, en relación con la responsabilidad patrimonial pública por actividades peligrosas desarrolladas por la administración, particularmente la utilización de redes eléctricas, situaciones problemáticas que, según la jurisprudencia, deben resolverse con arreglo al título de riesgo excepcional por tratarse de una forma de responsabilidad objetiva, en la cual el Estado despliega una actividad totalmente lícita pero causa con ella daños a los asociados, pues es indiscutible el riesgo anormal en el que se los pone en el desarrollo de dichas actividades.

- Consejo de Estado, sentencia del 18 de octubre de 2000. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Radicación número 11.834. El componente fáctico de la sentencia refiere destrucción de bien inmueble por denotación de artefacto explosivo dirigido contra CAI de la Policía Nacional. Esto expuso el Consejo de Estado:

No tiene discusión que los denominados “Comandos de Atención Inmediata CAI” fueron creados y puestos en funcionamiento por las entidades demandadas en beneficio de la comunidad, especialmente en una época en la cual se habían agudizado los índices de delincuencia e inseguridad ciudadanas, lo cual había generado numerosas reclamaciones en orden a que se tomaran medidas efectivas. Sin embargo, estos mecanismos de servicio policial que fueron distribuidos en diferentes sectores urbanos de Medellín comenzaron a ser objeto de atentados terroristas, que, en 1992 cobraron la vida de más de 80 miembros de la Policía

Nacional y la destrucción de 13 “CAI”, incluido el del barrio Campo Valdez, de que trata este proceso. En consecuencia, los moradores de los sectores aledaños a los “CAI”, como sucedió con los actores, quedaron expuestos a una situación de peligro de particular gravedad, que excedió notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que se derivan de la prestación de un servicio público. Ese desequilibrio de las cargas públicas traducido en el riesgo excepcional a que se sometió a los actores y cuya concreción, es decir, el daño, no están en el deber jurídico de soportar, obliga a su restablecimiento a través de la indemnización...

En consecuencia, los daños antijurídicos producidos son imputables a las entidades demandadas Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional y Municipio de Medellín, quienes conjuntamente crearon el estado de riesgo en ejercicio de sus funciones públicas y en beneficio de la comunidad, por lo cual están llamadas a indemnizarlos. La directriz construida de tiempo atrás por la jurisprudencia de la Sala permite deducir, en este caso, la responsabilidad del Estado, por el riesgo a que sometió a los actores y que se concretó en los daños reclamados.

El fallo citado se refiere al rompimiento del equilibrio de las cargas públicas que deben soportar los asociados por el solo hecho de vivir como tales, con lo cual el Consejo de Estado incurre en imprecisiones conceptuales, pues esta noción es más de la esencia del daño especial que del riesgo excepcional, ya que respecto de éste es dable más bien hablar de las actividades peligrosas que ponen en riesgo anormal o excepcional al ciudadano. Por demás, el extracto jurisprudencial en comento hace referencia a los daños causados a la población con ocasión de atentados terroristas que van dirigidos a la fuerza pública, pero que con ellos se causan daños a la población civil, situación que apareja responsabilidad estatal con arreglo al título objetivo de riesgo excepcional.

- Consejo de Estado, sentencia del 15 de marzo de 2001. Consejero Ponente: Alíer Eduardo Hernández Enríquez. Radicación número 11.222. Componente fáctico: Muerte de civiles por artefacto explosivo (granada), abandonada por la fuerza pública. Expresa el Consejo de Estado:

En los eventos en los que el daño es producido por las cosas o actividades peligrosas (armas de dotación oficial, vehículos automotores, conducción de energía eléctrica, etc.) el régimen aplicable es de carácter objetivo, porque el factor de imputación es el riesgo grave y anormal a que el Estado expone a los administrados. De tal manera que, basta la realización del riesgo creado por la administración para que el daño resulte imputable a ella. Es esta la razón por la cual la corporación ha seguido refiriéndose al régimen de responsabilidad del Estado fundado en el riesgo excepcional, en pronunciamientos posteriores a la expedición de la nueva carta política [...] en dichos eventos (daños producidos por las cosas o actividades peligrosas), al actor le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre este y el hecho de la administración, realizado en el desarrollo de la actividad riesgosa.

En este proveído es atinada la afirmación del Consejo de Estado, conceptualmente hablando, al sostener que el riesgo excepcional guarda relación con las actividades peligrosas, pues en algunos pronunciamientos, como se dejó reseñado líneas atrás, refiere que este título de imputación es aplicable cuando se está frente a situaciones dañosas con las cuales el Estado quebranta el principio de igualdad ante las cargas públicas, noción ésta que es más predicable del daño especial que del riesgo excepcional.

- Consejo de Estado, sentencia del 14 de julio de 2001. Consejero Ponente: Alíer E. Hernández Enríquez. Radicación número 12.696. Narra daños causados por arma fuego de dotación oficial. Esto dijo la alta magistratura:

Responsabilidad por el riesgo excepcional. Según esta teoría, el Estado compromete su responsabilidad cuando quiera que en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, desarrollados en beneficio de la comunidad, emplea medios o utiliza recursos que colocan a los administrados, bien en sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar un “riesgo de naturaleza excepcional” que, dada su particular gravedad, excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio. (...). El régimen de responsabilidad por riesgo excepcional podía incluirse dentro de los denominados regímenes objetivos, en los que el elemento falla del servicio no entra en juego. En efecto, no está el actor obligado a probarla ni el demandado a desvirtuarla, y la administración sólo se exonera demostrando la existencia de una causa extraña, que rompa el nexo de causalidad.

Cronológicamente son coetáneas la providencia anteriormente reseñada y la que aquí se comenta, llamando la atención que en la actual vuelve el Consejo de Estado a incurrir en imprecisiones conceptuales al estimar que el riesgo excepcional deriva de actividades peligrosas que ponen en riesgo anormal a los ciudadanos, excediendo con ello de manera notoria las cargas públicas. La actividad es riesgosa y tiene la virtualidad de derivar responsabilidad pública simple y llanamente porque con ella se causa un daño indemnizable, sin reparar en su ilicitud o si la actividad fue más allá de lo que el ciudadano debía soportar. Es claro que si una red de conducción eléctrica, utilizada por la administración, se desprende de sus respectivos soportes y electrocuta a un individuo, lo natural es que el Estado deba responder no porque respectado del afectado se haya roto el equilibrio de las cargas públicas, sino porque esa actividad le generó un daño, lo puso en un riesgo anormal o excepcional.

Una carga que en ocasiones puede surgir como anormal y desproporcionada, rompiendo el equilibrio de los individuos en sociedad, sería la de imposición de una

medida de aseguramiento intramural fruto de una investigación penal, con la posterior absolución del encartado penal, de la que perfectamente se pudiera perseguir responsabilidad estatal por el daño causado bajo la invocación del título de imputación de daño especial, porque en estos casos si se está frente a un rompimiento del equilibrio de las cargas públicas.

- Consejo de Estado, sentencia del 27 de noviembre de 2002. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Radicación número 13.774. Hechos: Daños causados a local comercial y a establecimiento de comercio por acto terrorista. Así razonó en torno del título bajo análisis:

Para explicar esta situación la jurisprudencia ha aplicado, según el caso, los regímenes de responsabilidad por falla y por riesgo, según el caso; así: RESPONSABILIDAD POR RIESGO EXCEPCIONAL cuando en un actuar legítimo la autoridad coloca en riesgo a unas personas en aras de proteger a la comunidad. La Sala ha precisado que los elementos estructurales de esta forma de responsabilidad son: “Un riesgo de naturaleza excepcional para los administrados que aparece por la amenaza potencial contra los instrumentos de acción del Estado - instrumentales, humanos y de actividad - en época de desórdenes públicos provenientes y propiciados por terceros que luchan contra el mismo Estado y que se concreta con el ataque real de esos instrumentos y la consecuencia refleja en los administrados (personas o bienes), que quebranta la igualdad frente a las cargas públicas. El daño a bienes protegidos por el derecho. El nexo de causalidad, entre el daño y la conducta de riesgo creada por el Estado, con eficiencia de producir aquel. La responsabilidad patrimonial del Estado se ve comprometida cuando en ejercicio de sus actividades y obrando dentro del marco de las disposiciones legales, utiliza recursos o medios que colocan a los particulares o a sus bienes en situación de quedar expuestos a un riesgo de naturaleza excepcional; éste dada su gravedad excede las cargas normales que deben soportar los particulares como contrapartida de las ventajas que resulta de la existencia de dicho servicio público. La Sala no desconoce que el daño en sí mismo considerado no lo produjo el Estado, sino un tercero, pero si advierte que para su producción el mencionado

riesgo sí fue eficiente en el apareamiento del mismo” (Las subrayas no son del texto original).

En idéntico sentido al comentario anterior, puede advertirse la imprecisión conceptual en la que incurre la jurisprudencia al estimar que el rompimiento del equilibrio en las cargas públicas es consustancial al concepto de riesgo excepcional.

- Consejo de Estado, sentencia del 18 de marzo de 2004. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Radicación número 14.003. Hechos: Daños causados por explosión de granada en instalación de empresa del Estado. Esto manifestó la jurisprudencia:

Dicho régimen de responsabilidad tiene como fundamento el deber de vigilancia que tienen las personas sobre la cosa peligrosa o riesgosa, así lo ha dicho el Consejo de Estado, esta responsabilidad debe ser objeto de un tratamiento especial, a favor de quienes pueden verse perjudicados, inicialmente se hizo a través de la presunción de culpa del propietario y posteriormente al establecer la responsabilidad objetiva. La doctrina ha definido la actividad peligrosa como: toda actividad que, una vez desplegada, su estructura o su comportamiento generan más probabilidades de daño que las que normalmente está en capacidad de soportar por si solo un hombre común y corriente. Esta peligrosidad surge porque todos los efectos de la actividad se vuelven incontrolables o imprevisibles debido a la multiplicación de energía y movimiento, a la incertidumbre de los efectos del fenómeno o a la capacidad de destrozo que tienen sus elementos. Resulta claro como la doctrina de la responsabilidad por las actividades peligrosas, encuentra su fundamento en el Código Civil, en los artículos 2350 y subsiguientes, respecto del régimen civil. Sin embargo, esta doctrina de las actividades peligrosa se ha desarrollado en el régimen administrativo, en lo que se conoce como el riesgo excepcional. Los primeros pronunciamientos al respecto del riesgo excepcional, los hizo el Consejo de Estado al referirse a la responsabilidad por la realización de obras o prestación de servicios públicos.”

Decisiones más recientes reflejan la postura de la jurisprudencia en relación con el título que se analiza. Así, en Consejo de Estado, sentencia del 17 de agosto de 2017. Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. Radicación número 42.041, cuyo sustento fáctico relata muerte de civiles a manos de miembros del Ejército Nacional, asevera el Consejo de Estado:

Dado que el Estado se encontraba a cargo de la actividad riesgosa que produjo el daño, como es la utilización de armas de fuego, la Sala encuentra que la responsabilidad predicable respecto del ente demandado lo es a título del régimen objetivo, identificado como riesgo excepcional. Además, cabe advertir que una de las víctimas, Jhon Ospina Restrepo, apenas contaba con 17 años de edad, de ahí que, para la Sala, la responsabilidad de la Administración en el caso que se examina es aún más reprochable, por tratarse de un menor de edad, quien era sujeto de especial protección del Estado, de conformidad con el artículo 44 de la Constitución y de los tratados internacionales ratificados por Colombia. Por lo expuesto, se revocará el fallo apelado para, en su lugar, declarar la responsabilidad de la Nación-Ejército Nacional por las muertes de Guillermo Loaiza Rodríguez y Jhon Jaiver Nieto Flórez”.

Nota característica que subyace a la teoría del riesgo excepcional es el de las actividades peligrosas a cargo del Estado, como la utilización de las armas de fuego de dotación oficial, como se narra en el caso que trae la referencia jurisprudencial, pues ponen a los particulares en una situación anormal de riesgo. Pero también existen otras actividades peligrosas que pueden dar lugar a responsabilidad pública, como son la conducción de automotores, las redes de conducción de energía eléctrica, los trabajos públicos, entre otras.

- Consejo de Estado, sentencia del 19 de abril de 2018. Consejera Ponente: María Adriana Marín. Radicación número 40.437. Narra muerte de civil a causa de un

disparo en su cabeza mientras se movilizaba en un vehículo de servicio público. Esto expresó el Consejo de Estado:

La Sala Plena de la Sección estableció que la falla del servicio y el riesgo excepcional son, por regla general, los títulos de imputación que permiten atribuir el daño proveniente de ataques violentos perpetrados por terceros con miras a desestabilizar la institucionalidad, sin que esto signifique excluir en casos concretos los demás títulos de imputación en el análisis de los casos concretos (...) el riesgo excepcional gobernará el litigio en aquellos eventos en que se demuestre que el atentado iba dirigido contra un elemento, funcionario, institución o bien estatal, sin que se haya producido un incumplimiento a los deberes normativos estatales. (...), el daño especial resultará aplicable en aquellos supuestos en que el daño sea producto de un rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas.(...) La teoría del riesgo excepcional resulta aplicable a eventos en los cuales se somete a una persona a la existencia de un peligro que desborda la normalidad, como consecuencia del uso de instrumentos o elementos para la prestación de un determinado servicio o actividad (v.gr. instalaciones públicas o de policía, armas de dotación oficial, automotores oficiales, entre otros). (...) La Sección ha sostenido que en caso de ataques violentos contra la institucionalidad (atentados terroristas) no es necesario establecer que la herida o la lesión fueron producidas por elementos estatales (...) se infiere que el Estado no podrá exonerarse de responsabilidad bajo el argumento del cumplimiento a su deber de diligencia, pues a la luz de este título de imputación, esta causal exonerativa de responsabilidad resulta inane.

El fallo de la precedencia pone de relieve, al menos hasta aquí, la tendencia jurisprudencial en materia de responsabilidad del Estado por actos terroristas, asunto que se analiza y se trata de manera preferente bajo la utilización de los títulos objetivos de imputación. Se dice que al menos hasta aquí, porque como se verá más adelante, la orientación jurisprudencial que viene haciendo carrera en la actualidad es la abordar esta casuística primordialmente con arreglo a la falla del servicio.

La Corte Constitucional también tiene su acepción respecto del riesgo excepcional, Corporación para la cual

Este título de imputación se aplica cuando el Estado ejecuta una actividad lícita riesgosa o manipula elementos peligrosos, verbigracia, el uso de armas de fuego o la conducción de vehículos, y en ejercicio de dicha ejecución produce daños a terceros, quienes, de cara a la solicitud de indemnización, deben acreditar la producción de un daño antijurídico y la relación de causalidad entre este y la acción u omisión de la entidad pública demandada, lo que sugiere que este régimen de imputación, al no exigir el examen de la conducta del agente estatal se inscribe en un sistema de responsabilidad objetivo (Corte Constitucional, sentencia del 05 de julio de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas. Radicación número SU-072).

La doctrina jurisprudencial vigente en relación con el riesgo excepcional como criterio de imputación, sostiene que hay lugar a él

Cuando el daño ocurre como consecuencia de la actividad legítima de la administración pública, que comporta un riesgo de naturaleza anormal, o que resulta excesivo bien sea porque incrementó aquel que es inherente o intrínseco a la actividad, o porque en el despliegue de la actividad se crean riesgos que en atención a su exposición e intensidad desbordan o excedan lo razonablemente asumible por el perjudicado (Consejo de Estado, sentencia del 28 de enero de 2015. Consejero Ponente: Jaime O. Santofimio Gamboa. Radicación número 32.912A).

En este punto de la disertación, cabe mencionar que la orientación del Consejo de Estado en la actualidad, dentro del contexto del posconflicto, a raíz de los diálogos y acuerdos de paz, es limitar la aplicación de los títulos objetivos a la casuística de responsabilidad, de manera puntual la relacionada con actos terroristas. Para el efecto se transcribe in extenso el siguiente fragmento:

Para la Sala es obvio que no puede comprometerse la responsabilidad del demandado, a título de falla del servicio, por cuanto las lesiones que sufrió el señor Pérez Ochoa no fueron consecuencia de una acción ni de una omisión de las Fuerzas Militares, sino de terceros al margen de la ley.

Tampoco puede comprometerse la responsabilidad del Estado, a título de riesgo excepcional, pues, como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sección Tercera, “no se puede imputar un daño respecto de un riesgo que el Estado no ha creado ni del que tampoco tuvo la oportunidad de evitar”. La misma situación se presenta con el régimen de responsabilidad de daño especial, pues, para que el Estado responda con fundamento en este título de imputación, se debe establecer que el daño provino de una acción positiva y legítima del Estado, cosa que acá no ocurrió, ya que la mina antipersonal que lesionó al señor Pérez Ochoa fue sembrada por grupos al margen de la ley.

Puede concluirse, entonces, que el demandado no ha incumplido los compromisos contenidos en la Ley 554 de 2000, pues -se insiste- la obligación de identificar y destruir los campos minados existentes en el territorio nacional vence el 1 de marzo de 2021; por el contrario, la identificación y demarcación de las zonas en las que se sepa o sospeche que hay minas antipersonales no está sometida a un plazo determinado, sino, como se dijo atrás, al cumplimiento progresivo y a las posibilidades materiales de cada Estado, de modo que la ocurrencia de atentados como el que motivó esta demanda no puede entenderse aún como un incumplimiento del deber legal que se asumió. Así, al no encontrarse acreditada la responsabilidad del demandado por los hechos acá debatidos, debe revocarse la sentencia apelada y, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda (Consejo de Estado, sentencia del 19 de julio de 2018. C. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera Expediente número 54.285R).

En la sentencia de marras queda claro que asuntos como el que trata el fallo, esto es, actos terroristas contra la fuerza pública que terminan afectando a particulares, como es el caso de la minas antipersona, otrora se resolvían de manera preferente al amparo de títulos objetivos, bien sea daño especial o riesgo excepcional. En esta ocasión, el título que aplica de manera preferente el Consejo de Estado es el propio del régimen

subjetivo, esto es, la falla del servicio. En el caso puntual, el juez colegiado no observa, en primer lugar, que se haya configurado una falla del servicio. Subsidiariamente descarta el daño especial y el riesgo excepcional para terminar revocando el fallo de primera instancia y exonerar de responsabilidad al Estado

En conclusión, es prolijo el tratamiento jurisprudencial respecto de los regímenes y títulos de imputación de responsabilidad. Antes y después de 1991, la jurisprudencia y la doctrina han tenido a estos conceptos como los componentes basilares en el tratamiento de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia.

CAPÍTULO III.

CONSTITUCIONALIDAD DEL RÉGIMEN SUBJETIVO DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

3.1 Generalidades.

El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia contiene una cláusula general de responsabilidad patrimonial pública cuyo fundamento conceptual es el daño antijurídico. Dicha estipulación hace referencia tanto a la responsabilidad extracontractual como a la contractual y tiene en el daño antijurídico un referente obligatorio dentro del proceso de estudio y determinación de esa responsabilidad estatal (Botero L., 2007, p. 92). Sin embargo, el mencionado concepto merece especial tratamiento por cuanto es generador de una discusión doctrinaria y jurisprudencial inacabada en torno del prototipo de responsabilidad pública que a nivel constitucional cimienta.

El insumo de discusión se gesta desde el interior de la Asamblea Nacional Constituyente, a través del ponente encargado de sustentar el proyecto que finalmente fue elevado a norma constitucional, y para quien la responsabilidad estatal que se

propone es de stirpe objetiva teniendo en cuenta que con la introducción del daño antijurídico como nuevo fundamento “se desplaza el soporte de la responsabilidad administrativa, del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado al concepto objetivo de la antijuridicidad del daño producido por ella”. (Esguerra J., Gaceta Constitucional número 56, 1991, p. 14).

No obstante la claridad que pareciera ofrecer el designado constituyente respecto del alcance del contenido del artículo 90 constitucional, la discusión y divergencias en torno de una responsabilidad patrimonial del Estado de naturaleza objetiva por la causación de daños antijurídicos es manifiesta. A nivel doctrinario, por ejemplo, algunos sectores estiman que el artículo 90 superior sugiere una responsabilidad pública de índole objetiva (García D., 2009, p. 120), mientras que otros discrepan de tal concepción y reconocen que la introducción del concepto de daño antijurídico en la Constitución de 1991, más que claridades ha generado confusiones (Santofimio J., 2017, p. 748).

En el plano de la actividad judicial, una vez adquiere vigencia el sistema nacional de responsabilidad pública estatuido en la Carta Política de 1991, la jurisprudencia administrativa acoge el nuevo fundamento teórico como equivalente de una responsabilidad patrimonial del Estado de carácter objetivo, llegando a tener por prescindibles las elaboraciones subjetivas que hasta ese momento fundamentaban las decisiones de responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia (Consejo de Estado, sentencia del 27 de junio de 1991. Consejero Ponente: Julio César Uribe Acosta. Radicación número 6.454).

Sin embargo, advierte la doctrina, el máximo órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa, en principio perplejo por las consecuencias que en la

casuística de responsabilidad generó la noción de daño antijurídico, debió reaccionar para poner las cosas en su lugar y seguir dando aplicación a la preexistente teoría de responsabilidad patrimonial del Estado (Gómez E., 1995, p.114.) y con ello poner de relieve la vigencia de los regímenes de responsabilidad, particularmente el régimen subjetivo con su falla del servicio, título de imputación que lo desarrolla.

Este capítulo desarrolla el análisis de las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales más destacadas en torno de la naturaleza de la responsabilidad patrimonial pública que estatuye el artículo 90 de la Constitución Nacional. Así mismo plasmará una reflexión crítica sobre los regímenes y títulos de imputación de responsabilidad del Estado, fijando una postura conceptual sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del régimen de naturaleza subjetiva, a partir de un análisis de dicha norma superior y de su concepto clave, el daño antijurídico.

En el desarrollo de la temática serán de gran valía los aportes doctrinales sobre la interpretación constitucional, insumo dogmático que podrá ayudar a dilucidar la adopción de los diferentes puntos de vistas que, en relación con la responsabilidad del Estado en Colombia y su concepto clave -el daño antijurídico-, exponen tanto la doctrina como la jurisprudencia.

La postura personal asumida en torno de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de dicho régimen subjetivo incluirá, entre otras variables, el aspecto financiero o económico que lleva inmerso la adopción de un régimen netamente objetivo de responsabilidad patrimonial del Estado. Todo este análisis se desarrollará dentro del contexto del Estado Social de Derecho.

3.2 Incidencia de la adopción del concepto de daño antijurídico español en la configuración de la responsabilidad del estado en Colombia en el marco del Estado Social de Derecho.

El daño antijurídico hace referencia a un concepto de trascendencia e importancia dentro de la cláusula general de responsabilidad patrimonial pública del artículo 90 de la Constitución Política, antes del cual esta responsabilidad se deducía jurisprudencial y doctrinariamente, siendo de gran utilidad en este cometido las elaboraciones francesas de responsabilidad pública (Hernández G., 2008, p.320), con evidente predominio de las teorías culpabilísticas y su régimen subjetivo. No obstante, esta casuística también utilizó confecciones objetivas de responsabilidad, como se demuestra en Consejo de Estado, sentencia del 29 de julio de 1947. Consejero Ponente: Gustavo A. Valbuena, caso del periódico El Siglo, en donde la jurisprudencia deriva la responsabilidad del Estado con fundamento en el daño especial (Gómez E., 1995, p. 96).

En la actualidad, según se constata de la praxis judicial en la materia, y no obstante resaltarse la importancia del instituto del daño antijurídico como el fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado, el sistema es esencialmente de tipo subjetivo (Armenta M., 2009, p.110), con lo cual la pretensión del constituyente de 1991 por instaurar un régimen de responsabilidad patrimonial del Estado con carácter netamente objetivo, se traduce en una quimera.

En lo atinente a la institución central de este acápite, en el plano nacional ni la Constitución ni la ley definen el daño antijurídico (Montoya L., 2017, p.39), por lo que ha sido la doctrina, y a través de ella la jurisprudencia (Corte Constitucional, sentencia del 01 de agosto de 1996. Radicación número C – 333. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero), las que han hilado alrededor de una definición del término: el daño

antijurídico es la lesión que el afectado o víctima no está obligada a sufrir, prescindiendo de que la actuación haya sido regular o no (Penagos G., 1997, p.31).

La doctrina nacional también refiere que la jurisprudencia administrativa se documenta en autores extranjeros para lograr una definición del concepto en cuestión, pudiéndose hablar de daño antijurídico “cuando la víctima del mismo no está obligada por imperativo explícito del ordenamiento a soportar la lesión de un interés patrimonial garantizado por la norma jurídica”. (Montoya L., 2017, p. 40).

Después de muchas décadas de elaboración jurisprudencial en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, Colombia cuenta hoy con una consagración específica en el ramo, cuyo fundamento, se itera, lo constituye el daño antijurídico y su imputación al ente estatal, según reza la primera parte del artículo 90 de la Carta Política: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

La lectura del texto superior transcrito permite argüir que son dos los elementos que componen la cláusula de responsabilidad del Estado en Colombia: el daño antijurídico y su imputación al Estado. El fenómeno de la imputación fue objeto de análisis (doctrinal y jurisprudencial), en los dos primeros capítulos de este estudio. Corresponde ahora en este acápite darle desarrollo al primero de dichos elementos con miras a comprender su incidencia -a partir de su tratamiento en España-, en la configuración de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia, para lo cual se seguirá el siguiente derrotero conceptual:

Primero: Se abordará brevemente la génesis del artículo 90 de la Constitución Política de 1991 en la Asamblea Nacional Constituyente. Segundo: Se hará una aproximación teórica a los fundamentos normativos y el tipo de responsabilidad

patrimonial pública que regía en España al momento de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 en Colombia. Y tercero: Se analizará la lesión resarcible, como se le conoce al daño antijurídico en el ordenamiento jurídico español, mirando su rol dentro de la responsabilidad patrimonial del Estado en ese país y, por ende, culminar con su influencia en el constituyente de 1991. Las teorías de interpretación constitucional, extraídas de la doctrina foránea, permitirán sentar posición conceptual en relación con la contraposición argumentativa sobre la índole de la responsabilidad del Estado consagrada constitucionalmente en Colombia y el significado del área de daño antijurídico dentro de esa responsabilidad.

3.3 Breve reseña de la génesis del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia.

En el plano nacional fueron más de veintiséis las iniciativas de constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado las que se estudiaron al interior de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 (Henao J., 2000, p. 123). Sin embargo, fue la actividad encomendada al delegado Juan Carlos Esguerra Portocarrero la que finalmente se convirtió en antecedente directo de la norma constitucional que hoy consagra expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia (Armenta M., 2009, p. 97).

El texto de un primer proyecto de norma superior es del siguiente tenor:

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

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

ejecuta. Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden (Esguerra J., Gaceta Constitucional número 23, 1991, p. 48).

Esta propuesta fue examinada por la Comisión Primera de la Asamblea Nacional Constituyente, concretamente por la Subcomisión Tercera, la cual tenía a su cargo, entre otros asuntos, el estudio de los instrumentos de protección de los derechos. La Subcomisión delegó en Esguerra Portocarrero el estudio preliminar y la ponencia de dicho proyecto para que le realizara algunos ajustes (Esguerra J., 2008, p. 885), con lo cual el texto del proyecto de norma superior queda así:

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

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

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

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños que haya sido consecuencia de la conducta culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste (Esguerra J., Gaceta Constitucional número 56, 1991, p. 15).

Se observa que el texto corregido en su inciso final incluyó la acción de repetición, como una facultad del Estado para exigir del agente causante del daño el pago o devolución de las sumas de dinero que por su acción culposa deba pagar aquél. Así mismo, el texto final fue modificado por la Subcomisión Tercera, suprimiéndosela

primera parte, la cual hacía referencia a la acción de cumplimiento, ya que, en sentir de los delegados, tal preceptiva nada tenía que ver con el instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado. Con ello, y hechos los respectivos correctivos, la Comisión Primera de la Asamblea Nacional Constituyente aprobó el siguiente texto:

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

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste (Las subrayas no son del texto original).

El constituyente Juan Carlos Esguerra Portocarrero fue insistente en la importancia y trascendencia del proyecto, enfatizando en la necesidad de consagrar de manera expresa en norma superior un tipo de responsabilidad patrimonial del Estado de naturaleza objetiva, pues en su sentir, “el artículo sobre principios básicos de organización y funcionamiento del Estado no eran suficientes, pues apenas hablaba vagamente de una responsabilidad personal de los funcionarios públicos”.(Esguerra J., 2008, p. 888).

Lo que sigue en relación con la fijación y aprobación del texto final en la Asamblea Nacional Constituyente de lo que es hoy el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, lo narra así el mismo profesor Esguerra Portocarrero:

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

de las etapas preliminares. Ese primer debate en plenaria se desarrolló con la participación muy activa de varios constituyentes y en medio de un rico debate. Al final, votado que fue el proyecto de artículo proveniente de la Comisión Primera, su primer inciso fue aprobado unánimemente, en tanto que el segundo lo fue sin votos en contra, pero con dos abstenciones. Luego, en desarrollo de lo dispuesto por el reglamento de la Asamblea, el proyecto pasó a la consideración de la Comisión Codificadora a fin de que ella lo estudiara dentro del contexto global del articulado aprobado en primer debate y, eventualmente, propusiera una formulación alternativa. La Comisión integró el proyecto al capítulo relativo a los instrumentos de protección de los derechos y, con el mismo texto que traía, lo presentó para segundo debate en plenaria, sin modificaciones, con cuarenta y cinco votos afirmativos (Esguerra J., 2008, p.p. 888 y 889).

Es de anotar que la redacción actual y vigente del artículo 90 superior no incluye la expresión “La demanda podrá dirigirse indistintamente contra el Estado, el funcionario o uno y otro”, subrayada a propósito en el fragmento que milita líneas atrás. En opinión de esta disertación, resulta afortunada la modificación realizada por la Comisión Codificadora, y en general por la Asamblea Nacional Constituyente, por cuanto la responsabilidad que contiene el artículo 90 constitucional, esto es, entre el Estado y el funcionario, no es solidaria.

Y es que no es de poca monta la modificación introducida por la Comisión Codificadora al texto de proyecto de artículo 90 presentado por los delegatarios de la Asamblea Nacional Constituyente encargados de esta temática, que hasta el mismo Consejo de Estado, pocos años después, y por vía de aclaración de voto, advirtió la trascendencia de dicha modificación:

6. Esta norma constitucional (artículo 90) y las legales (artículo 77 y 78) del C.C.A, por su especialidad, son aplicables de preferencia sobre las disposiciones del C.C. y del C.P. cuyo enunciado se transcribió con antelación; este es ya un buen motivo para descartar la solidaridad...

7. Es cierto que los Delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente a cuya iniciativa se debe la introducción del principio de la responsabilidad patrimonial del Estado y de la civil de los agentes, así como quienes participaron como ponentes de la misma, tuvieron en mente establecer la responsabilidad solidaria entre uno y otro; sin embargo, la Asamblea no aceptó dicha propuesta.

8. Argumento adicional que respalda la tesis que exige texto legal expreso que dé nacimiento a la obligación solidaria, es el precepto contenido en el artículo 293 del Decreto Extraordinario No. 222 de 1983 que, al contrario de las normas comentadas, señala explícitamente la solidaridad; dice así: 'El contratista o el tercero lesionado por la celebración, ejecución o inejecución el contrato podrán demandar, a su elección, a la entidad contratante, al funcionario o ex funcionario responsable o a las dos en forma solidaria'.

Sin perjuicio de que se ponga en duda la vigencia de esta norma frente a la nueva Constitución Política cuyo poder reformatorio y derogatorio de la legislación preexistente es indudable, la norma transcrita pone de manifiesto el carácter excepcional de la obligación solidaria y la necesidad, por lo tanto, de norma expresa para su establecimiento.

Tratándose, pues, de una obligación mancomunada o conjunta, en todo caso, la víctima es libre de elegir mecanismo de reclamación más conveniente, de los varios permitidos por el artículo 78 del C.C.A.; si decide formular su demanda contra el funcionario (y la Constitución de parte Civil dentro del proceso penal es una forma de elegir esta opción), parte del supuesto de que la causa del daño es una culpa personal; por lo tanto, la sentencia del juez penal que condena a la reparación del perjuicio adquiere carácter definitivo e impide que posteriormente se pretenda una nueva reclamación frente al Estado. Fecha *Ut supra*: Juan de Dios Motes Hernández (Consejo de Estado, sentencia del 28 de octubre de 1993. Consejero Ponente: Julio César Uribe Acosta. Radicación número 8.043).

Así las cosas, el haberse suprimido del texto de proyecto de artículo 90, por parte de la Comisión Codificadora de la Asamblea Nacional Constituyente, la expresión: *“La demanda podrá dirigirse indistintamente contra el Estado, el*

funcionario o uno y otro”, constituyó una afortunada decisión de esa colegiatura en el entendido de haber interpretado que la obligación resarcitoria por los daños antijurídicos ocasionados a los particulares no comporta una responsabilidad de naturaleza solidaria entre el Estado y el funcionario, sino que la misma conlleva una obligación mancomunada o conjunta, con las consecuencias e implicaciones que acarrea la diferencia entre una y otra en lo concerniente a la exigibilidad de la obligación.

3.4 Fundamentos normativos y tipo de responsabilidad patrimonial del Estado en España.

Reseña la doctrina nacional que la responsabilidad patrimonial pública en España cuenta con un expreso e inequívoco desarrollo normativo, siendo sus fundamentos positivos los artículos 106 numeral 2 de la Constitución de 1978 y 121 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 o ley de expropiación forzosa (Serrano L., y Tejada, 2014, p. 356).

También, y en relación con sus basamentos normativos, asevera la doctrina vernácula:

En la actualidad la responsabilidad de todas las Administraciones públicas españolas, bien sean nacionales, de una respectiva comunidad o ciudad autonómica, está regulada por la Constitución de 1978, la Ley 30 de 1992 y sus respectivas modificaciones introducidas por la Ley 4 de 1999, normas que determinan el verdadero funcionamiento de la institución y punto de partida para los comentarios doctrinales y las sentencias judiciales. (Arenas H., 2014, p. 14).

Contrario a lo que ocurre en el ámbito doméstico, donde la responsabilidad estatal aún se sigue elaborando jurisprudencial y doctrinariamente, y la misma está ligada al significado de autoridades públicas, en España la responsabilidad pública

cuenta con un evidente desarrollo en normas positivas y guarda estrecha ligazón con la acepción de servicios públicos(Ruíz W., 2008, p.p. 5 y 6).

En la labor de normativización de la responsabilidad patrimonial pública en España “los jueces no se han caracterizado por su dinamismo, originalidad y audacia, por lo que ha sido la doctrina la que ha superado obstáculos logrando incorporar en la legislación las garantías del Estado de Derecho”. (Ruíz W., 2015, p.90).

El apunte anterior se hace con el fin de destacar que en Colombia, distinto a lo que ocurre en España, realmente ha sido la jurisprudencia (también la doctrina) la que ha jalonado la elaboración, desarrollo y consolidación de la responsabilidad patrimonial del Estado, antes y después de la Constitución Política de 1991.

La doctrina propia del país suministra información sobre la responsabilidad del Estado en el ordenamiento jurídico de España:

El legislador de 16 de diciembre de 1954-ya vimos al comienzo por qué razones y, en todo caso, con un criterio decidido-, consagró en los términos más amplios la responsabilidad patrimonial de la administración, liquidando así definitivamente una vieja y grave imperfección de nuestro ordenamiento. El artículo 121 LEF formuló, en efecto, con carácter general la siguiente cláusula, cuyo efectivo alcance se extiende a todas las esferas administrativas:“Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta ley se refiere, siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la administración pueda exigir de sus funcionarios”(García de Enterría E., y Fernández, 2008, p.356).

Reseñan los glosados tratadistas que más tarde, en el proceso constituyente español de 1977, la cláusula general de responsabilidad contenida en el precitado

artículo 121 de LEF de 16 de diciembre de 1954, fue ratificada por el artículo 106.2 de lo que sería la Constitución Española de 1978, quedando estatuida la responsabilidad patrimonial del Estado en España con una clara consagración constitucional (García de Enterría E., y Fernández, 2008, p. 358).

En lo concerniente al tipo de responsabilidad que conlleva esa cláusula general, los autores en comento afirman el carácter objetivo de esa responsabilidad patrimonial del Estado en España:

La responsabilidad de la administración se formula, en efecto, en los artículos 121 LEF y 139 LPC como una responsabilidad directa, no como un simple sistema de cobertura de los daños causados por los actos ilícitos de los funcionarios y agentes de los entes públicos.

...La cláusula general prescinde inicialmente, como se habrá notado, del elemento tradicional de la culpa o ilicitud de la actuación administrativa como principio o fundamento general y único del sistema, aunque veremos que lo que realmente hace (sin excluir en modo alguno la existencia de una casualidad o imputación del hecho dañoso a la administración, que excluye sin más el reconocimiento de que su responsabilidad haya pasado a ser general y objetiva, como tantas veces se ha declarado) es desplazar el elemento básico de la ilicitud del daño desde la conducta del responsable a la situación del patrimonio de quien sufre el perjuicio, el cual deberá justificar que “no tiene el deber jurídico de soportar” dicho daño, en los términos que del artículo 149 LPC, para poder justificar su pretensión reparatoria. En efecto, pueden coincidir perfectamente una actuación lícita “funcionamiento normal” de la administración a la que, sin embargo, no se corresponda un deber de soportar el perjuicio resultante de dicha actuación por parte del particular.

Este giro en la fundamentación de la obligación de responder patrimonialmente, que pasa a ser contemplado desde la perspectiva del dañado y no desde la acción del agente causal, es a lo que convencionalmente se ha llamado “objetivización” de la responsabilidad patrimonial de la administración, introduciendo un cierto

equivoco innecesariamente, pues no quiere decir, obviamente, que cualquier perjuicio económico que pueda resultar de los servicios administrativos tenga causa jurídica (si falta ese elemento de ilicitud del resultado desde la perspectiva del perjudicado) para pretender legítimamente una reparación (García de Enterría E., y Fernández, 2008, p.p. 361 y 362).

García de Enterría, entonces, es el connotado autor que, en principio, defendió el cariz objetivo de la responsabilidad del Estado en España, acuñando como soporte de esa responsabilidad la noción de lesión resarcible. Se dice que en principio porque, de acuerdo con un segmento doctrinario, el mencionado autor es ambivalente en su concepto sobre la naturaleza de la responsabilidad patrimonial del Estado en España, como más adelante se reseñará.

Pertinente se hace en este acápite plasmar el contenido del artículo 106 de la Constitución Española de 1978, el cual prescribe:

1. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican.
2. *Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos* (Cortes españolas, 1978).

Con relación al tipo de responsabilidad del Estado establecido en la norma superior transcrita, conceptúa la doctrina nacional:

Este precepto mantiene el postulado de que siempre que la lesión sea consecuencia de los servicios públicos, se generará la indemnización sin importar si el funcionamiento sea anormal o normal; en otras palabras, la culpa o negligencia del agente no será determinante para el reconocimiento del daño (Arenas H., 2014, p. 20).

Según el referido autor, la normativa bajo análisis permite deducir que en España se consagra un tipo de responsabilidad de naturaleza objetiva, contenido de un sistema que no tiene precedentes ni desarrollos similares en otros ordenamientos jurídicos europeos, lo cual, en sentir del pensamiento doctrinario de la referencia “no quiere decir que deba ser cambiado, sino todo lo contrario, que debe ser fuertemente analizado, bien sea para defenderlo o para atacarlo”. (Arenas H., 2014, p. 32). Y es objetivo dicho sistema de responsabilidad por cuanto no hay calificación alguna respecto del funcionamiento dañino de los servicios a cargo del Estado.

Por su parte la doctrina foránea, representada por el profesor Tomás Arias Castillo, en relación con la naturaleza de la responsabilidad patrimonial pública en España, expresa:

El fundamento del resarcimiento pecuniario en España tuvo como eje central el dato objetivo de la lesión antijurídica, “entendida como el daño que un particular sufre en sus bienes o derechos sin tener la obligación legal de soportarlo”.

El anterior dato es relevante, pues deja clara la perspectiva garantista del derecho administrativo español, inspirada en el principio de indemnidad patrimonial de los particulares, cuya aplicación en la responsabilidad patrimonial de la Administración tenderá a solventar, en primer término, el problema de la lesión individual sufrida como consecuencia de la actuación administrativa.

El actual sistema español, construido, como se ha expresado, con base en los artículos 121 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, ha consagrado una responsabilidad directa y principal, dado que no solo cubre los daños imputables a las conductas individuales de los funcionarios públicos, sino que también envuelve las lesiones producidas por el funcionamiento anónimo e impersonal de la organización administrativa. Así mismo, el sistema conceptúa una responsabilidad objetiva, en tanto la culpa individual o institucional (probada o

presunta) no es el fundamento del deber de reparación, sino el elemento objetivo de la antijuridicidad del daño sufrido por el tercero(Arias T., 2014, p.10).

En España, entonces, según Arias, puede hablarse de un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado global y objetivo, “fundamentado en el principio de indemnidad patrimonial de los particulares, matizado con una noción de lesión antijurídica, similar *al danno ingiusto* del artículo 2043 del Codice Civile italiano”.(Arias T., 2014, p. 20).Este sistema objetivo de responsabilidad permite resarcir al particular que resulte injustamente afectado por el funcionamiento de los servicios públicos, sin consideración a su cualificación de normal o anormal.

Así las cosas, parece haber coincidencia doctrinal en que la responsabilidad patrimonial del Estado en Españaes predominantemente objetiva, basada en los daños derivados tanto del funcionamiento de los servicios públicos como en la noción de daño injusto, lesión resarcible o daño antijurídico.

No obstante este inicial consensoen relación con el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial del Estado en España (Serrano L., y Tejada, 2014, p. 356), hay sectores de esta vertiente que lo cuestionan para exponer que también en España es factible concebir una responsabilidad patrimonial pública con visos subjetivos. De esta forma, por ejemplo, el pluricitado profesor Arenas invoca el artículo 121 de la Constitución de España de 1978, el cual preceptúa que los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley, para afirmar que en ese país también se concibe una responsabilidad pública de carácter subjetivo, por ejemplo, la que está relacionada con la administración de justicia. Estima dicho autor que en estos casos “solamente se reconoce la

responsabilidad de las Administraciones Públicas cuando el daño que se produzca sea consecuencia del funcionamiento anormal”. (Arenas H., 2014, p. 21).

En esa misma línea Ruíz Orejuela documenta, con apoyo en doctrina nativa de ese país, que la responsabilidad patrimonial del Estado en España no es exclusivamente objetiva, y que incluso en esa latitud se utilizan distintos títulos de imputación de responsabilidad:

A) Responsabilidad por la actuación culpable o negligente de la administración, ámbito en el que ubica la responsabilidad por actos administrativos ilegales, y la responsabilidad por funcionamiento anormal del servicio público.

B) Responsabilidad objetiva sin falta, en cuya órbita se encuentra la responsabilidad por actuaciones materiales no ilegales que causan daños a terceros –funcionamiento normal de los servicios públicos–; responsabilidad por la creación de situaciones de riesgo objetivo y responsabilidad por actos no fiscalizadores – y no anulables- en vía contencioso-administrativa (Ruíz W., 2015, p. 94).

En igual dirección las elaboraciones del tratadista Arias Castillo, quien en principio afirma la responsabilidad objetiva del Estado en España, permiten deducir que en ese país también existe un sistema de responsabilidad del Estado de carácter subjetivo, toda vez que

No puede colegirse que el elemento volitivo haya desaparecido del análisis jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sino que ha pasado a ser un criterio más de imputación de daños, que junto con otros (tales como la ilegalidad o el riesgo creado, en peligro de terceros) se inscribe dentro del paradigma restablecedor. También sigue siendo útil a la hora de determinar, caso por caso, el reparto de responsabilidades internas dentro de la organización administrativa, con el objeto de repercutir sobre el patrimonio del funcionario que concretamente hubiere producido la lesión patrimonial (Arias T., 2014, p.p. 10 y 11).

Ahondando más el asunto, la doctrina (Arenas H., 2014, p.p. 22 y 23) hace referencia al numeral 1º del artículo 139 de la Ley 30 del 26 de noviembre de 1992, Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en España, el cual literalmente reza:

1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de 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 normal o anormal de los servicios públicos (Lo subrayado no es del texto básico).

La norma transcrita le da un indiscutible cariz subjetivo a la responsabilidad patrimonial objeto de análisis, toda vez que la expresión “normal o anormal” que incluye la preceptiva, sugiere de por sí una calificación del comportamiento dañino en términos de culpabilidad. Se deduce, entonces, según la anotación traída por el autor bajo comentario, que la ley española mantiene las orientaciones primigenias que concebían un sistema de responsabilidad pública de corte subjetivo en ese país (Arenas H., 2014, p. 23).

No obstante, en Arenas es difícil identificar una determinada orientación o postura personal respecto del tipo de responsabilidad de la Administración predominante en España. Sin embargo, anota dicho autor que “parte de la doctrina y la jurisprudencia (españolas) han interpretado erradamente el sistema de responsabilidad objetiva implantado en España desde 1954”. (Arenas H., 2014, p. 34).

Y puntualiza el citado doctrinante que importantes sectores doctrinarios de España son vehementes críticos de la responsabilidad objetiva, como Oriol Mir Puigpelat, para quien “el sistema se desdibujaría al pretender que en la responsabilidad objetiva es necesario determinar la culpa o declarar el funcionamiento anormal para

admitir la responsabilidad (Arenas H., 2014, p.p. 34 y 35). Con ello se evidencia que la pretensión global de un sistema de responsabilidad del Estado de naturaleza objetiva en España, tiene más contradictores que adeptos.

Autores más cercanos a la cotidianidad jurídica nacional también hacen su análisis de la responsabilidad patrimonial del Estado en España para precisar, sin ambages, que dicha responsabilidad, a partir del análisis de su casuística judicial, no es exclusivamente objetiva, pues

Se ha identificado que la cláusula de responsabilidad anclada en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico, así como en el artículo 106.2 de la Constitución española, en realidad engloba diversos supuestos de responsabilidad, incluido el de la responsabilidad subjetiva (Pinzón C., 2014, p. 64).

Colofón de este apartado, es que en el ordenamiento jurídico español no aparece nítido un régimen de responsabilidad patrimonial del Estado. En principio se cree que dicho sistema es predominantemente objetivo, con varias décadas de vigencia, soportando incluso las críticas de connotados juristas (Arenas H., 2014, p. 29). En efecto, aunque es un régimen de responsabilidad defendido por una importante sección de la doctrina, por ejemplo, García de Enterría (Tamayo J., 2012, p. 64), existen algunos segmentos doctrinarios, por ejemplo Garrido Falla, que conceptúan que en España rige un sistema subjetivo de responsabilidad patrimonial pública (Tamayo J., p.p. 64 y 65). Lo anterior pone de presente una manifiesta pugna doctrinaria entre quienes se ubican en una y otra orilla conceptual para defender o cuestionar el tipo de responsabilidad patrimonial del Estado en España, según lo documenta el profesor Ruíz Orejuela:

Con todo, para González Pérez, existe una importante corriente que favorece el mantenimiento del sistema de responsabilidad objetiva global de la Administración, pero se impone la que considera insostenible el mantenimiento

del régimen vigente a no muy largo plazo, por las alarmantes cifras de las indemnizaciones, principalmente en lo relacionado con el sector sanitario y, a lo que se suma que a pesar de la regulación legal, la jurisprudencia se ha resistido a la admisión de la responsabilidad por el funcionamiento normal de los servicios públicos, situación que cambió con la sentencia del 14 de junio de 1991, que llevó hasta sus últimas consecuencias el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración(Ruíz W., 2015, p. 93).

Oriol Mir Puigpelat, junto a Jesús Leguina Villa representan también un importante y decisivo segmento de la doctrina foránea que rechaza la responsabilidad objetiva en España:

Estos párrafos brillantes, que suscribo plenamente, (refiriéndose a Leguina), ponen de manifiesto el alto grado de consenso que se ha logrado, en España, en torno a la cuestión crucial del alcance que debe tener la responsabilidad patrimonial de la Administración. El hecho de que un autor de la talla de Leguina, que contribuyó con sus aportaciones decisivas de los años setenta a fundamentar y consolidar el entonces todavía frágil sistema español de responsabilidad patrimonial, se sume a la ya larga lista de autores que nos hemos manifestado expresamente en contra de una responsabilidad objetiva global de la Administración española, no hace más que confirmar la afirmación de que la rectificación jurisprudencial más arriba reclamada contaría, en la actualidad, con el apoyo mayoritario de la doctrina de nuestro país(Mir Puigpelat O., 2015, p.p. 504-506).

Así las cosas, lo expuesto permite inferir que España expone un régimen de responsabilidad patrimonial pública de carácter mixto. Es decir, puede hablarse en ese país tanto de responsabilidad objetiva, con base en la lesión antijurídica (Ley de expropiación Forzosa) y también según el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando la persona privada de la libertad es absuelta por inexistencia del hecho imputado. Pero también, con base en la precitada norma, existe responsabilidad subjetiva fundamentada en el funcionamiento normal o anormal de los servicios

públicos. Además hay responsabilidad subjetiva con fundamento en el error judicial y el funcionamiento anormal de la administración de justicia (artículo 121 de la Constitución de 1978).

Sin embargo, cada vez es menos predicable y sostenible, tanto en el plano doctrinario como jurisprudencial, un sistema de responsabilidad objetiva en esa latitud con pretensión global dentro de la Administración. Y ello se evidencia cuando connotados sectores doctrinarios de ese país, como el representado por Jesús Leguina Villa, Oriol Mir Puigpelat, entre otros, propenden por el replanteamiento de ese tipo de responsabilidad en España.

3.5 La lesión resarcible y la responsabilidad patrimonial del Estado en España y su incidencia en el constituyente de 1991 en Colombia.

La noción de daño antijurídico, o lesión resarcible, resulta familiar en el contexto patrio en razón del proceso de transpolación que se hace desde el ordenamiento jurídico español hacia el ordenamiento jurídico colombiano (Gil E., 2013, p. 543), y de esta forma erigirlo como fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado en la Constitución de 1991.

Son García de Enterría y Tomás –Ramón Fernández, a raíz de un exhaustivo análisis de la Ley de Expropiación Forzosa española (Ley del 16 de diciembre de 1954), quienes hablan de la lesión resarcible y de la obligación que le asiste al Estado de reparar los daños que residual o incidentalmente se produzcan al patrimonio privado con ocasión de la aplicación de esa herramienta jurídica, siempre que ese patrimonio no tenga el deber jurídico de soportar dicha afectación (García de Enterría E., y Fernández, 2008, p. 363).

Para los citados autores, el fundamento de la responsabilidad patrimonial pública en España lo constituye el daño antijurídico, y sostienen que “un perjuicio se hace antijurídico y se convierte en lesión resarcible siempre que y solo cuando la persona que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo; la antijuridicidad del perjuicio es, pues, una antijuridicidad referida al perjudicado”. (García de Enterría E., y Fernández, 2008, p. 364).

Estiman los antedichos doctrinantes que la lesión antijurídica,

Compromete la responsabilidad de la administración siempre que no existan causas de justificación capaces de legitimar el perjuicio material producido, esto es, siempre que no concurra un título jurídico que determine e imponga como rigurosamente inexcusable, efectivamente requerido o, al menos, eventualmente aceptado el perjuicio contemplado (García de Enterría E., y Fernández, 2008, p. 365).

Sostienen, además, los glosados tratadistas, que la lesión resarcible supone un perjuicio con la connotación de antijurídico “no por la manera de producirse, sino porque el titular del bien o derecho lesionado no tiene el deber jurídico de soportarlo, no obstante que el agente que lo ocasione obre dentro del marco de la licitud”. (García de Enterría E., y Fernández, 2008, p. 365).

El profesor Arias Castillo, en consonancia con la teoría de García de Enterría, concede relevancia a la lesión resarcible como el fundamento de la responsabilidad objetiva en España. Al respecto, arguye el citado autor:

Es por lo anterior que el actual sistema español, construido, como se ha expresado, con base en los artículos 121 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, ha consagrado una responsabilidad directa y principal, dado que no sólo cubre los daños imputables a las conductas individuales de los funcionarios

públicos, sino que también envuelve las lesiones producidas por el funcionamiento anónimo e impersonal de la organización administrativa. Así mismo, el sistema conceptúa una responsabilidad objetiva, en tanto la culpa individual o institucional (probada o presunta) no es el fundamento del deber de reparación, sino el elemento objetivo de la antijuridicidad del daño sufrido por un tercero(Arias T., 2014, p 10).

No obstante, y tal como lo anota la doctrina española, esa cláusula de responsabilidad del Estado ofrecía una limitante material en la amplitud y cobertura patrimonial de los administrados afectados, derivada de la expresión “los bienes y derechos a que esta ley se refiere”, por lo que el artículo 121 de la LEF de 16 de diciembre de 1954 debió ser modificado (a través del reglamento de la LEF, artículo 133 y por el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957), quedando así:

“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa”(García de Enterría E., y Fernández, 2008, p.p. 356 y 357).

La lesión resarcible hacía parte de un régimen especial y específico, la Ley de Expropiación Forzosa, institución que, si bien tuvo el mérito de inspirar el sistema de responsabilidad patrimonial en España, en realidad no goza de aceptación doctrinal generalizada como soporte de una responsabilidad patrimonial objetiva global, tipo de responsabilidad que cada vez cuenta con más opositores en ese país, fundamentalmente por sus nefastas consecuencias económicas para la hacienda pública.

De todos modos, y pese a la diferencia entre los ordenamientos jurídicos, es innegable la gran incidencia del concepto de daño antijurídicoespañol en la configuración de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia, concepto que

para el pleno de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 se sugería moderno y vanguardista, tal como lo expone el principal ponente del proyecto del artículo 90 constitucional, profesor Juan Carlos Esguerra Portocarrero:

Por otra parte, conviene señalar que el régimen que se propone en materia de responsabilidad patrimonial del Estado no se limita a su mera consagración expresa a nivel constitucional, sino que, además, incorpora los más modernos criterios sobre la materia, consistente en radicar el fundamento de esa responsabilidad en el daño antijurídico y en su imputabilidad al órgano estatal.

De esta manera se resuelve el problema que hoy ya plantea la evidente insuficiencia de la llamada “falla del servicio público”, dentro del cual no caben todas las actuales formas y casos de responsabilidad patrimonial, tales como el de la “responsabilidad por daño especial”(Esguerra J., Gaceta Constitucional número 56, 1991, p. 14).

La doctrina nacional estima que es innegable la influencia que ejerció el instituto del daño antijurídico español en el constituyente de 1991. El profesor Carlos Enrique Pinzón Muñoz sostiene que el constituyente de 1991 entendió que la responsabilidad del Estado en aquel país se fundamentaba exclusivamente en la lesión resarcible, endilgándole a esa responsabilidad, por ende, un carácter eminentemente objetivo:

En el seno de la constituyente fue proclamada la necesidad de adoptar como criterio de responsabilidad estatal la elaboración doctrinal española, la teoría del daño antijurídico, como la fórmula de responsabilidad administrativa, discusiones que desde un principio se sentaron en la Asamblea bajo la idea de explicitar a través de un mandato propio en la Carta tal deber, contexto en el que precisamente apareció como fórmula fantástica la experiencia surgida en España a través de la Constitución del 78, propuesta que en los anales quedó asignada al constituyente Juan Carlos Esguerra Portocarrero, quien siguiendo a solo una parte de la doctrina

de ese país, entendió que se consagraba un fundamento de carácter objetivo, desplazando el tradicional concepto subjetivo (Pinzón C., 2014, p.p. 64 y 65).

De notoria incidencia, se itera, resulta la doctrina de la lesión antijurídica española para el establecimiento constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia. Tuvo el constituyente de 1991 la convicción insalvable de que el instituto del daño antijurídico era el moderno fundamento de una responsabilidad patrimonial pública de talante objetivo, soslayando que en España el polémico concepto en realidad hacía parte del especial régimen de la expropiación forzosa y como tal las implicaciones en uno y otro ordenamiento tendrían connotaciones diametralmente distintas, inclusive en España misma.

3.6 Análisis doctrinario de los regímenes y títulos de imputación de responsabilidad del Estado en el contexto de la intención del constituyente de 1991.

Esta sección del estudio deberá partir, inexorablemente, de la indagación del sentir o querer del constituyente de 1991 por erigir la responsabilidad pública en Colombia como una realidad constitucional. Así mismo, este filón temático exige abordar las principales posiciones de la doctrina en torno del carácter objetivo que puede ofrecer el daño antijurídico como el fundamento actual de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia. El cometido final será analizar el tratamiento conceptual vigente de la doctrina en relación con los diversos regímenes y títulos de imputación de responsabilidad patrimonial pública dentro del entorno del artículo 90 de la Carta, sin pretermir, desde luego, la pluricitada intencionalidad del constituyente colombiano.

3.6.1 La intención del constituyente de 1991.

El texto que in extenso se vierte a continuación, muestra la intencionalidad del constituyente de 1991 en relación con el contenido normativo que le dio institucionalidad formal a la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia:

Nuestro actual sistema consagra de manera expresa apenas la responsabilidad penal y disciplinaria de los funcionarios, pero omite toda referencia a la responsabilidad de tipo patrimonial y, sobre todo, a la responsabilidad directa y objetiva del Estado.

La experiencia ha demostrado la inaplazable necesidad de definir concretamente todos estos tipos de responsabilidad y de señalar de manera clara que la de carácter patrimonial les corresponde solidariamente al órgano y al funcionario.

La verdad es que este cúmulo de responsabilidades constituye un esencial mecanismo de protección de los derechos particulares frente a la conducta de aquellas autoridades que yerran en el cumplimiento de las normas, que se abstienen de cumplir con sus obligaciones o que, al cumplirlas, simplemente causan daños que los asociados no tienen por qué padecer.

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

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

Por lo que hace a la imputabilidad, se trata de resaltar la circunstancia de que para que proceda la responsabilidad en cuestión, no basta con la mera relación de causalidad entre el daño y la acción de una autoridad pública, sino que es necesario, además, que pueda atribuirse al órgano o al Estado el deber jurídico de indemnizarlo. La determinación de las condiciones necesarias para el efecto, quedará, naturalmente, en manos de la ley y la jurisprudencia(Esguerra J., Gaceta Constitucional número 56, 1991 p. 14).

La intención del constituyente, con soporte conceptual en el anterior fragmento, tiene un triple propósito:

Primero: Concebir una responsabilidad del Estado con arraigo normativo superior expreso. Este cometido se otea trayendo las palabras, relativamente recientes, del propio delegado Esguerra Portocarrero:

El fin básico que persigue el precepto que finalmente quedó consagrado en el artículo 90 de la Carta es el de afirmar explícitamente, por encima de toda discusión y de toda duda, y sin necesidad de más lucubraciones hermenéuticas por parte de los jueces, la responsabilidad patrimonial del Estado como una de las piedras angulares del Estado de Derecho y como una garantía ciudadana fundamental(Esguerra J., 2008, p.p. 889 y 890).

Segundo: Afirmar una responsabilidad patrimonial del Estado principal y directa. El otrora miembro de la Asamblea Nacional Constituyente sostiene:

Se trata de una verdadera responsabilidad estatal. Es decir, es un deber jurídico que, sin ambigüedad ninguna, le ha sido señalado directa y personalmente al Estado. Así pues, es a él y no a sus funcionarios a quien incumbe pechar con las consecuencias de las acciones o las omisiones cumplidas en el marco de una tarea pública, en cuanto ellas produzcan como efecto un daño que, en justicia y en derecho, reclama una reparación(Esguerra J., 2008, p. 890).

Tercero: La redefinición del tradicional fundamento conceptual de la responsabilidad patrimonial del Estado. Esto enfatiza Esguerra Portocarrero al respecto:

La exposición de motivos que acompañó el proyecto original, y las sucesivas ponencias que precedieron y siguieron los distintos debates, tanto como el texto de la norma que finalmente salió de ellos, evidencian, con no menor claridad, que la decisión del Constituyente no consistió apenas en enarbolar la responsabilidad del Estado, sino que se extendió además a la redefinición de su tradicional fundamento conceptual (Esguerra J., 2008, p. 890).

De suma importancia son los tres motivos del constituyente de 1991 en su anhelo de darle vida jurídica en norma superior al instituto de la responsabilidad del Estado, pero ha de hacerse hincapié en el último de dichos designios.

En efecto, tal como se lee en el fragmento que se acaba de plasmar, quiso el constituyente de 1991 replantear el rol del régimen subjetivo como criterio sustentador y determinante de la responsabilidad patrimonial pública en Colombia, ya que consideraba la falla del servicio como un exiguo criterio para fundamentar y explicar esa responsabilidad estatal en la casuística judicial cotidiana. Y relevar ese tradicional fundamento implicaba, desde luego, que la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia tendría un nuevo fundamento conceptual: el daño antijurídico.

Sin embargo, el delegado de la Asamblea Nacional Constituyente que lideró las ponencias más destacadas y determinantes en materia de responsabilidad estatal, es palmario en dejar clara la intencionalidad del constituyente de 1991 con la introducción del daño antijurídico como el fundamento de la responsabilidad del Estado en el ordenamiento jurídico nacional:

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

responsabilidad objetiva. Y lo es precisamente por eso: porque su núcleo está en la condición antijurídica de ese daño y no ya en la de la conducta del sujeto público(Esguerra J., p.p.891 y 892).

Cuando el constituyente de 1991 se refiere a“los más modernos criterios” y teorías de responsabilidad, para proponer en Colombia un nuevo fundamento de responsabilidadpatrimonial del Estado, hace alusión a las elaboraciones normativas, doctrinarias y hasta jurisprudenciales españolas en el ramo. Particularmente hace referencia a la lesión resarcible del derecho español, término que, según sus convicciones, es sinónimo de responsabilidad objetiva. Esta categoría por demás, según la intención del constituyente de 1991, entraría a replantear el papel de la falla del servicio dentro del esquema tradicional de responsabilidad patrimonial pública.

Con argumentos propios de este estudio, se expone que el derecho, al igual que otras disciplinas, puede ser objeto de análisis e interpretaciones que permitan comprender su esencia y demás aspectos intrínsecos. Pero quizá el derecho es una disciplina con rasgos muy particulares que la diferencian de las demás, incluso en su forma particular de producción. Siendo el derecho más que un conjunto de normas, reglas, valores, principios e instituciones que permiten regular comportamientos humanos en contextos concretos, su dinámica misma de producción, contextualización e interpretación, constituyen peculiaridades que la hacen una disciplina, por no decir ciencia, distinta de las demás, lo cual exige métodos y técnicas de análisis muy particulares para su comprensión.

El derecho regula, en esencia, comportamientos, conductas, pero no es lo mismo producir derecho en Asia que en Europa, dadas las particulares propias de cada sociedad, de cada cultura, especialmente sus usos y costumbres, y en esta medida lo que

en Europa constituye una conducta socialmente aceptada, ese mismo comportamiento en una cultura asiática merece reproche, no solo social, sino también institucional.

Así, entonces, tanto la creación del derecho como su aplicación, tiene matices peculiares y consecuencias distintas en cada latitud, sin desconocer que eventualmente puedan darse situaciones de compatibilidad y coincidencias, al menos en el plano interpretativo, de que una institución jurídica del derecho europeo tenga cabida en otra latitud y pueda ser útil para que en ese exclusivo entorno inspire la producción de normas y reglas que permitan disciplinar comportamientos y situaciones propias del entorno. Amén de que la pretensión de una regulación global siempre ha estado en las intenciones no solo de los estudiosos del derecho, sino también de los Estados y sus gobernantes.

La transpolación (Gil E., 2013, p. 543) de teorías y producciones jurídicas desde un contexto determinado hacia otros entornos, no es algo nuevo en el derecho, ni nada extraño. Todo lo contrario, son praxis de normal ocurrencia y puede tomarse como un acto de inspiración en el que sociedades jurídicamente sólidas y solventes, con generosa existencia de creadores jurídicos, orientan a otras sociedades en la tarea de producción e interpretación de sus propios sistemas e instituciones jurídicas.

En otras palabras, es casi que cotidiano observar que las elaboraciones jurídicas de algunos países, europeos casi siempre, son tomadas por otros, por la periferia (López D., 2004, p. 72) para cimentar allí su dinámica de producción jurídica. Latinoamérica es el típico ejemplo de sociedades que han bebido y beberán de las doctrinas jurídicas europeas (Alemania, Italia, España, etc.) y también americanas. El hecho en sí mismo no es reprochable, pero sí merece reparos que en ocasiones se tome como una tarea de

mera imitación, sin tener en cuenta las limitaciones contextuales (López D., 2004, p. 105).

En este sentido, existen lugares en que las iusteorías “son el producto de circunstancias políticas y sociales muy concretas”. (López D., 2004, p. 16), lo que inevitablemente conduce a concluir, aunque resulte tautológico, que lo que es de normal regulación en una sociedad, en otra no resulte afortunado, dadas precisamente, las singularidades de cada sociedad en lo político, en lo cultural, en su aspecto social e inclusive en lo económico.

El profesor Diego López Medina, en su análisis del tema de la Teoría Transnacional del Derecho, y en lo que concierne al objeto de estudio de este acápite, diserta sobre dos categorías que son determinantes para descifrar la recepción e incorporación de la noción de daño antijurídico por parte del constituyente de 1991: los sitios de producción del derecho y los sitios de recepción de esas construcciones jurídicas. Con relación a los primeros afirma:

Un sitio de producción parece ser un medio especial en donde se producen discusiones iusteóricas con altos niveles de influencia transnacional sobre la naturaleza y las políticas del derecho. Los sitios de producción están usualmente afincados en los círculos intelectuales e instituciones académicas de Estados-nación centrales y prestigiosos. Por consiguiente los países centrales generan los productos más difundidos de la Teoría Transnacional del Derecho, productos que con el tiempo circulan por la periferia, para finalmente venir a constituir globalmente el canon normalizado del campo (López D., 2004, p. 16).

Refiriéndose al segundo término, el autor expresa:

La contracara de los sitios de producción son los sitios de recepción. Dentro de un sitio de recepción, por lo general, la iusteoría producida allí ya no tiene la

persuasividad y circulación amplia de la Teoría Transnacional del Derecho, sino que, por el contrario, uno estaría tentado a hablar mejor de iusteoría “local”, “regional”, “particular” o “comparada”. Con estos nombres quiero hacer referencia a los conceptos o sistemas iusteóricos particulares que dominan en países periféricos o semiperiféricos. En teoría del derecho, como en muchas otras áreas del derecho, estos países transplantan o usan ideas originadas en jurisdicciones prestigiosas. Estas jurisdicciones prestigiosas según los comparativistas, son las figuras parentales de las familias jurídicas. Las jurisdicciones periféricas son los hijos de las familias, y su misión, como en las familias humanas, es aprender mediante mimesis de sus padres (López, D., 2004, p. 17).

Diáfana se ofrece la exposición del citado autor, la cual permite acotar, por el momento, que Europa, incluido España, constituyen sitios de reconocido nivel de producción jurídica, pues es indiscutible que en el viejo continente, cultura de cientos de años de existencia, el derecho ha sido una disciplina de constante creación y evolución. Así, por ejemplo, en dogmática penal son irrefutables los aportes de países como Alemania e Italia, cuyas elaboraciones han sido fuentes de inspiración en otras latitudes, no solo entre países del mismo continente -trasplante teórico entre sitios de producción (López D., 2004, p. 126)-, sino también en otros sitios distantes y distintos, como América Latina, inspirando allí la creación de códigos y, en general, de sistemas jurídicos enteros.

Sin desconocer, además, que sus connotados doctrinantes, junto con sus inestimables producciones académicas, son referentes mundiales como fuentes de consulta. Baste citar, por ejemplo, al alemán de origen austríaco Franz von Liszt; o a Claus Roxin; también a Günther Jakobs; o al italiano Luigi Ferrajoli, etc. Pero además Europa exhibe teóricos del derecho en general: Ronald Dworkin, Herbert Hart, Hans Kelsen, Rudolf von Ihering, Giuseppe Chiovenda, entre otros.

Descendiendo a un plano más específico, España representa la latitud que en lo jurídico alimenta la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia, por lo cual también merece ser considerado sitio de producción del derecho, con juristas como Jesús Leguina Villa, Eduardo García de Enterría, Oriol Mir Puigpelat, Fernando Garrido Falla, Fernando Pantaleón Prieto, entre otros. Y como referentes en interpretación jurídica y filosofía del derecho, enunciativamente pueden destacarse Manuel Atienza, Antonio Enrique Pérez Luño, Gregorio Peces-Barba, etc.

Sin embargo, los sitios de producción de teorías jurídicas, aunque gocen de prestigio y reconocimiento y sean catalogados como superiores en relación con los sitios de recepción, como Latinoamérica (López D., 2004, p. 105), los mismos no escapan a la crítica de eximios juristas, como ocurre con el ordenamiento jurídico español, sistema que, según Oriol Mir Puigpelat, “ha influido en otros ordenamientos, en especial latinoamericanos, y ha sido tomado por estos como referencia, pese a sus imperfecciones”. (Mir O., 2015, p. 485). Es pertinente el apunte por cuanto es de conocimiento en esta disertación que el constituyente de 1991 se inspiró en el sistema jurídico español para proponer en Colombia un nuevo fundamento de responsabilidad patrimonial pública, o sea, el daño antijurídico, categoría conceptual originaria de aquellas latitudes.

Como sitios de recepción de teorías del derecho puede mencionarse a América Latina, espacio que, aunque cuenta con notables autores y doctrinantes, normalmente se ha caracterizado por transplantar ideas y teorías jurídicas de jurisdicciones prestigiosas. No solo la región importa insumos teóricos para inspirar la creación de textos legales, sino también, como lo registra la doctrina, para interpretar y hasta crear textos constitucionales (López D., 2004, p. 124).

Colombia es el claro ejemplo de un sitio de recepción de ideas y teorías jurídicas. Sin explayar en retórica, la evidencia está en el constituyente de 1991, cuerpo colegiado que se apropia del concepto de lesión resarcible para proponer en el ordenamiento jurídico interno una responsabilidad patrimonial del Estado de carácter exclusivamente objetivo. Y el asunto no es de poca monta si se tiene en cuenta que por fin, después de muchas décadas de producción jurisprudencial, se logra positivizar a nivel constitucional, que no legal, una institución de suma importancia en un ordenamiento jurídico, y con significativas repercusiones sociales, políticas y hasta económicas, como lo es la responsabilidad patrimonial del Estado.

Ese cometido, en sí, y tal como se expuso en los primeros párrafos de este trabajo, ha sido el logro de una sociedad democrática, traduciéndose la consagración constitucional de la responsabilidad estatal como una garantía del ciudadano frente al profuso poder del Estado. Ello, sin desconocer que por vía jurisprudencial, antes y después de 1991, se ha tenido en cuenta este peculiar rasgo de la responsabilidad.

No obstante, no deja de ser controvertible el trabajo de transplantación de la categoría daño antijurídico por parte del constituyente de 1991, ya que es patente la escasa o nula contextualización que se hizo del concepto desde los mismos debates al interior de la Asamblea Nacional Constituyente, en donde no hay vestigios de haberse llevado a cabo un serio examen sobre una institución que en su ámbito original tiene un significado y alcances específicos. No tuvo en cuenta el hacedor de la norma superior que en el ordenamiento jurídico español, según se expuso párrafos atrás de este trabajo, el pluricitado concepto no hace parte del tradicional sistema de responsabilidad y que mucho menos el término es indicador de una responsabilidad estatal exclusivamente objetiva en España.

Así mismo merece reparos la apreciación del constituyente de 1991 relativa a la insuficiencia de la falla del servicio para explicar la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia, ya que no especifica cuáles son dichas falencias, desconociendo con ello décadas enteras de actividad jurisprudencial en el ramo, en donde la falla del servicio ha sido exaltada como el tradicional título de imputación desde el cual se ha explicado la responsabilidad pública en Colombia.

Inconsulta de la realidad social, política y hasta económica vernácula es la sugerencia y pretensión del constituyente de 1991 por cambiar de tajo la naturaleza de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia. La doctrina nacional presenta sus cuestionamientos en relación con el transmutado concepto:

Amparados en el pensamiento del profesor García de Enterría, la Asamblea Constituyente y, posteriormente, la doctrina y jurisprudencia nacionales, creyeron encontrar la más asombrosa revolución normativa, propicia para dejar atrás casi un siglo de difícil y juiciosa creación tanto de la doctrina como de la jurisprudencia.

El salto estaba dado: la reconquista española se instaura; atrás el derecho francés; viva el novísimo derecho español; viva la responsabilidad siempre objetiva y fuera la culpa o la falla como elementos de la responsabilidad administrativa. El juego de palabras es sugestivo: para que el Estado sea responsable, no se requiere la falla del servicio; basta que el daño sea antijurídico. A partir de entonces, se afirma que con la nueva Constitución la responsabilidad ya no se detiene en el causante del daño, sino en la víctima. Como si esto último no se aplicara con anterioridad en las instituciones de responsabilidad objetiva que existían antes de 1991 (Tamayo J., 2012, p. 34).

Es decir, ni para la jurisprudencia ni para la doctrina el daño antijurídico comporta una responsabilidad del Estado de naturaleza objetiva (Tamayo J., 2012, p.

93), obedeciendo ello, sin lugar a la duda, a una equivocada interpretación de dicha teoría por parte del constituyente de 1991 en Colombia.

Es palmario, entonces, que el constituyente de 1991 hizo una inadecuada lectura del daño antijurídico, queriendo cambiar, *ipso facto*, la naturaleza de la responsabilidad del Estado en Colombia, desconociendo que en el ordenamiento jurídico interno hay responsabilidad tanto objetiva como subjetiva. Incluso mucho antes de entrar en vigencia de la Carta Política de 1991 ya se aplicaban en la casuística de responsabilidad las teorías objetivas, concretamente desde el año 1947, cuando en el publicitado caso del periódico El Siglo, el Consejo de Estado dio cabida a la teoría del daño especial. En lo sucesivo, este título de imputación ha sido de recurrente aplicación en la jurisprudencia sobre responsabilidad estatal, al igual que el riesgo excepcional, títulos por excelencia del régimen objetivo de responsabilidad patrimonial del Estado.

Otros tratadistas también han conceptuado sobre la inapropiada interpretación del instituto del daño antijurídico por parte del constituyente de 1991. Así, por ejemplo, el profesor Carlos Pinzón Muñoz sostiene que la primera falencia detectable en la responsabilidad patrimonial del Estado normada constitucionalmente es la indeterminación del daño antijurídico, el cual no es más que un concepto jurídico indeterminado, un criterio vacío (Pinzón C., 2017, p. 143).

El mencionado autor es categórico al señalar que esa noción primero debe ser interpretada acorde “con el derecho vigente y viviente en el momento exacto”. (Pinzón C., 2017, p. 143), con lo cual el citado tratadista adopta una postura interpretativa mediante la cual exige del texto constitucional contenidos acertados que, aunque rayen con la intencionalidad del hacedor de la norma, estén en sincronía con la realidad social, política, económica y hasta jurídica del ámbito particular que pretende regular.

Se deduce entonces que el constituyente de 1991, caracterizado por una escasa claridad conceptual, pero ante todo con una innegable carencia de análisis contextual, se apropiade la noción foránea de lesión resarcible para fundamentar en un entorno disímil (política, social y económicamente) como el colombiano, una responsabilidad patrimonial del Estado.

Pero la doctrina también hace alusión a que en ocasiones “la teoría local del derecho reúne a autores que en otros contextos son considerados contradictorios”. (López D., 2004, p. 125). El anterior apunte se trae al análisis para destacar otro desacierto del constituyente de 1991 al adoptar el daño antijurídico como fundamento de responsabilidad objetiva del Estado en Colombia.

Y es que habiendo sido acuñado por Eduardo García de Enterría el término de lesión resarcible, autor que en 1954 y años subsiguientes se identificó con el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial pública en España, hoy el mencionado jurista parece haber replanteado su opinión conceptual inicial. En efecto, García de Enterría junto con autores españoles como Oriol Mir Puigpelat, Fernando Pantaleón Prieto, Jesús Leguina Villa, etc., actualmente desaprueban la pretensión de una responsabilidad patrimonial global de la Administración de carácter objetivo. Así lo documenta la propia doctrina:

Fue García de Enterría quien tuvo una destacada participación en la redacción de la insigne Ley de Expropiación Forzosa de 1954; fue quien defendió doctrinalmente el carácter general y objetivo del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración; y paradójicamente, fue él mismo quien de alguna manera claudicó frente a las críticas dirigidas contra dicho sistema, iniciado el siglo XXI (Arias T., 2014, p. 8).

Sigue relatando el tratadista Tomás Arias:

El profesor García de Enterría defendió, y defiende aún tal garantía, pero ha dado votos por dar vuelta atrás y revisar el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, con la noble intención de “evitar excesos”. No obstante tal loable deseo, opinamos que la inspiración de nuestro autor no coincide con la de sus acérrimos críticos, los cuales, en verdad, siempre han defendido el privilegio de exoneración propio de un derecho administrativo concebido como mero instrumento de poder. Las extralimitaciones en las que han incurrido algunos jueces y doctrinarios, así como las imprecisiones de algunos textos legales y sublegales no habilitan dar un “golpe de timón”. El espíritu de García de Enterría 2000 no puede estar en contradicción con el de García de Enterría 1954” (Arias T., 2014, p. 8).

Enfatiza el citado autor la posición conceptual vigente de García de Enterría respecto de la responsabilidad patrimonial pública en España:

La obra de Oriol Mir Puigpelat fue el resultado de su tesis doctoral, de cuyo tribunal formó parte Eduardo García de Enterría, quien además prologó el correspondiente libro. En dicho prólogo, García de Enterría afirma (p.20) que en la comisión redactora del anteproyecto de Ley de Expropiación Forzosa de 1954 “nunca existió la idea de que la responsabilidad de la Administración de nuestro Derecho tuviese que ser una responsabilidad objetiva y absoluta, capaz de incluir supuestos ilimitados de indemnización en cuanto hubiere intervenido un agente público, incluso, como está ocurriendo en la jurisprudencia desde no hace mucho, sin ninguna intervención de la Administración y sus agentes, sino el legislador mismo, representante de la voluntad general.

Adicionalmente, García de Enterría reclama que la extensión del ámbito de la responsabilidad de la Administración en España es inusitada en los países occidentales, tiene difícil explicación dogmática y comenzaría a pesar de manera seria sobre las finanzas públicas (Arias T., 2014, p. 16).

El libro de Oriol Mir Puig Pelat, destacado crítico de la responsabilidad patrimonial de la Administración en España de cariz objetivo, cuyo prólogo realiza

García de Enterría, y al que hace referencia Tomás Arias, se titula “La responsabilidad patrimonial pública. Hacia un nuevo sistema”. Editorial Cívitas, Madrid, 2002.

No es desatinado traer a la discusión el anterior apunte, porque la doctrina sobre interpretación constitucional sostiene que en algunos contextos hay autores que se presentan en sí mismos contradictorios (López D., 2004, p. 125). Indiscutiblemente, y según lo reseñado líneas atrás, García de Enterría es uno de esos autores contradictorios. Y lo es porque de manera relativamente reciente reconoció que “nunca existió la idea de que la responsabilidad de la Administración de nuestro Derecho tuviese que ser una responsabilidad objetiva y absoluta” (Arias T., 2014, p. 16), pese a que en un principio, en el año de 1954, pregonaba el cariz objetivo de la responsabilidad del Estado en España.

Es por ello, entonces, que el constituyente de 1991 en Colombia merece un reproche adicional en su pretensión de ofrecer la lesión resarcible como el arquetipo conceptual que fundamenta para todos los efectos, una responsabilidad estatal objetiva en Colombia.

En conclusión, el daño antijurídico español fue erróneamente interpretado y recepcionado por el constituyente de 1991 en Colombia. Primero, porque ese instituto, genuinamente denominado en España lesión resarcible, hacía parte de un régimen especial y específico, la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, la cual contiene un sistema de responsabilidad, y por lo tanto indemnizatorio, no equiparable a la responsabilidad objetiva por riesgos, ni por rompimiento de las cargas públicas, modalidades estas de responsabilidad netamente objetivas. Incorporar esa noción en un contexto jurídico totalmente distinto, dado además su significado y alcance particulares en el sitio o contexto desde el cual se transmuta, constituye un desatino jurídico de

enormes proporciones y eso debió advertirlo desde un principio el constituyente de 1991.

Segundo, y como consecuencia de lo anterior, el constituyente de 1991 creyó que innovaba sobre la naturaleza de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia equiparándola a la del ordenamiento jurídico español, la cual erradamente estimó que era privativamente objetiva, desconociendo que en ese país también existe responsabilidad subjetiva. La lesión resarcible, se itera, no es omnicomprendiva en España de una responsabilidad estatal de carácter objetivo, ya que el instituto hace parte del régimen especial de expropiación, el cual no cubre todos los eventos de responsabilidad patrimonial pública en dicho país. También en España se habla de responsabilidad del Estado por el funcionamiento anormal de los servicios públicos, cariz netamente culpabilista. Nótese, además, según lo señala la doctrina, que el mismo profesor Eduardo García de Enterría, forjador del instituto que inspiró al constituyente de 1991, es vacilante con la naturaleza de la responsabilidad patrimonial del Estado en su país.

Y tercero, porque, como lo advierte el grueso de la doctrina y la jurisprudencia, el constituyente no reparó en que la noción de daño antijurídico es un concepto indeterminado, un criterio vacío (Pinzón C., 2014, p.p. 60 y 61) que demanda, ante todo, ser descifrado hermenéuticamente de acuerdo a una realidad diametralmente distinta. Y es que Latinoamérica, en general, y Colombia, en particular, representan un contexto social, político, jurídico y hasta económico sumamente distinto de Europa, especialmente de España.

Colombia carece de instituciones y de teorías jurídicas autóctonas sólidas, siendo digna de catalogarse como un sitio de recepción, pues siempre ha bebido jurídicamente de fuentes foráneas. Esta sola situación exige a los juristas, legisladores, políticos,

gobernantes y constituyentes, hacer una lectura crítica de las instituciones, conceptos, teorías y, en general, de las elaboraciones jurídicas que se importan como fundamento no solo de las leyes y sistemas jurídicos que se pretenden crear o reformar internamente, sino, con mayor razón, cuando se trata de reformas constitucionales o de creación de nuevas constituciones políticas, lo cual amerita, además, un serio y riguroso examen de contextualización.

Es que una Constitución Política más que un compendio de normas, reglas, valores y principios, es la carta de navegación de un Estado, por lo que la importación de insumos jurídicos para su configuración, exige un serio ejercicio de interpretación y contextualización respecto de esas teorías y doctrinas jurídicas foráneas.

3.6.2 Acercamiento a las nociones de regímenes y títulos de imputación de responsabilidad teniendo como punto de partida la intención del constituyente de 1991.

El punto de partida es establecer si dentro de la intencionalidad del constituyente de 1991, y posterior a la Constitución Política por él diseñada, es factible hablar de regímenes y títulos de imputación de responsabilidad patrimonial del Estado, para cuyo análisis es de interés la siguiente fracción doctrinaria:

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

En otras palabras, se desplaza el soporte de la responsabilidad administrativa, del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado al concepto objetivo de la antijuridicidad del daño producido por ella. Esta antijuridicidad habrá de predicarse cuando se cause un detrimento patrimonial que carezca de título jurídico válido y que exceda el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social(Esguerra J., 2008, p. 887).

Lo transcrito refleja el deseo del constituyente de 1991 por no solo consagrar constitucionalmente la responsabilidad patrimonial pública en Colombia, sino también la de proponer un nuevo fundamento conceptual para esa responsabilidad, esto es, el daño antijurídico. Dicho fundamento, en palabras del delegatario Esguerra, pondría a la falla del servicio en un segundo plano por considerarla criterio insuficiente para explicar la responsabilidad del Estado. Y es que, al proponer un régimen especial de responsabilidad estatal de cariz objetivo, es lógico inferir que este rayaría con el criterio subjetivo de la falla del servicio.

En lo concerniente a la imputación del daño antijurídico a la autoridad pública, esto conceptúa Esguerra Portocarrero:

Y no se trata de daños de cualquier origen, sino solo de aquellos que sean causados directamente por una autoridad pública. Y dentro de estos, no de todos, sino apenas de aquellos que, en los términos del propio artículo constitucional, realmente puedan imputársele al Estado. En relación con este último aspecto, a primera vista podría tenerse la impresión de que la norma constitucional está siendo innecesariamente reiterativa cuando, al referirse a la causa de los daños antijurídicos que hacen responsable al Estado, por una parte habla de que deben serle imputables a él y, por la otra, de que deben haber sido ocasionados por la acción o la omisión de una autoridad pública.

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

que puede serlo por acción o por omisión. Y otra, de carácter estrictamente jurídico, que versa sobre la imputabilidad de ese daño, para señalar que esa autoría debe tener la virtualidad de comprometer al Estado.

Así pues, a nuestro modo de ver, en este punto el sentido del precepto constitucional es clarísimo: los daños antijurídicos que desencadenan la responsabilidad del Estado son aquellos que tienen por autor a una autoridad pública y que, además, pueden serle válidamente atribuidos al Estado.

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

Ni los esquemas, a modo de retazo, de la responsabilidad por falla presunta y de la responsabilidad sin falta, ni el continuo estiramiento de la falla del servicio, son ya necesarios. Empero, el Consejo de Estado no lo ha entendido así. Con todo y que en un comienzo saludó complacido el artículo 90 de la Carta de 1991, y que en unos primeros fallos le dio plena aplicación al nuevo régimen que él instituyó, muy poco después giró bruscamente atrás y prácticamente pasó a hacer de cuenta que nada había cambiado, fuera de la proclamación explícita de la responsabilidad patrimonial del Estado(Esguerra J., 2008, p.p. 892 y 893)(Las subrayas no son del texto original).

Las palabras del principal delegado de la Asamblea Nacional Constituyente en materia de responsabilidad del Estado, son irrefutables para recabar que lejos parece estar del ánimo del constituyente de 1991 el deseo de encuadrar el fenómeno de la imputación del daño antijurídico en los polémicos regímenes y títulos de imputación de responsabilidad del Estado. Y es que en la nota número 20 del pie de página del texto bajo análisis se observa la disimilitud entre el constituyente de 1991 y la jurisprudencia administrativa en relación con el particular asunto:

Adelante tendremos ocasión de ver cómo la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano, un tanto temerosa del alcance que a su juicio podría llegar a tener el artículo 90, ha resuelto entender que esa imputabilidad no puede darse sino en los casos tradicionales de la falla del servicio, falla presunta, actividad peligrosa o daño especial, con lo cual prácticamente se desemboca en que esta norma termine no habiendo agregado nada al tradicional esquema jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial del Estado que regía en Colombia antes de la Constitución de 1991 (Esguerra J., 2008, p. 893) (Las subrayas no son del texto original).

O sea, una y otra vertientes parecieran entender de manera distinta la expresión “Daños antijurídicos imputables al Estado”. Mientras el constituyente de 1991 no refleja intención de derivar de esa fórmula gramatical régimen o título alguno de imputación que explique el endilgamiento de responsabilidad al Estado por la causación de daños antijurídicos, el Consejo de Estado estima que la imputación del daño antijurídico va más allá de su mera atribución causal o material, lo que inexorablemente exige realizar un juicio de imputación jurídica o normativa que se lleva a cabo a través de la aplicación de los títulos de imputación de responsabilidad.

Dentro de las disímiles posiciones doctrinarias, un sector de esta orilla del derecho de daños tercia en la discusión para fijar una interesante posición:

El texto del artículo (90 C. N.) es claro en el sentido de que el Estado debe reparar los daños antijurídicos que le sean imputables, pero no definió qué es un daño antijurídico. Por otra parte, al decir que el Estado es responsable por los daños antijurídicos que le sean imputables, estableció un elemento de valoración del daño consistente en que el mismo debe ser antijurídico para que pueda deducirse la responsabilidad de su agente generador.

En ninguna parte del texto se hizo referencia a la conducta de la entidad estatal causante del daño. No se exigió una valoración como las que habían imperado hasta la entrada en vigencia de la Carta del 91, como las de la falla del servicio o

la desigualdad ante las cargas públicas. El texto se concentró en el resultado dañoso sin referirse a su causa (García D., 2009, p. 117).

El citado doctrinante es categórico al afirmar que la posición jurisprudencial en relación con la interpretación de la imputación del daño antijurídico en términos de regímenes y títulos de imputación de responsabilidad, es insostenible dentro del actual marco de responsabilidad estatal que trae el artículo 90 superior, si se tiene en cuenta la intencionalidad del constituyente de 1991 por instaurar un sistema objetivo en la materia, cuyo soporte conceptual es el daño antijurídico. Así lo advierte el profesor García:

El Consejo de Estado entendió que cuando el texto constitucional dijo que el Estado era responsable de los daños que causara y que le fueran imputables, se estaba refiriendo no solo a la imputación material, sino a lo que denominó la imputación jurídica, lo cual se concreta en la valoración de la conducta del Estado, en busca de una falla del servicio, de un daño especial o de un riesgo excepcional.

Me permito discrepar de la posición del Consejo de Estado porque creo que desconoce un texto legal cuyo tenor literal no ofrece oscuridades, así como por desobedecer el sentido señalado por el constructor de la norma y por imponer un sistema que facilita la impunidad.

Pienso que la valoración de los títulos de imputación es innecesaria, porque siempre que se llegue a la conclusión de que se concretó cualquiera de ellos, también se llegará a la conclusión de que el Estado es responsable por la ocurrencia de un daño que el particular no está obligado a soportar (García D., 2009, p.p. 118 - 120).

Y es que la posición del Consejo de Estado, según la advertencia realizada por el profesor García, pareciera estar justificada en el cuestionamiento a la pretensión del constituyente de 1991 de propender por la instauración de una responsabilidad patrimonial del Estado de corte objetivo, por considerarlo muy flexible, tal como lo

afirma el profesor Esguerra, quien es categórico al momento de defender el particular sistema obligacional del Estado propuesto por el constituyente de 1991:

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

Ese ciertamente no es el caso. En parte alguna el artículo 90 de la Constitución hace responsable al Estado de todos los desafueros de que puede ser víctima un ciudadano. La responsabilidad patrimonial que le atribuye la carta no es ni mucho menos ilimitada. Ella está expresamente circunscrita a los daños que tengan el carácter de antijurídicos y que, por otro lado, habiendo sido obra de la acción o la omisión de una autoridad pública, tenga la condición de serles imputables al Estado (Esguerra J., 2008, p. 892).

García Vásquez representa el sector doctrinario que con mucha agudeza rechaza la utilización de los regímenes y títulos de imputación de responsabilidad en la casuística judicial del ramo, evidenciando su inclinación hacia la concepción de la responsabilidad patrimonial pública objetiva propuesta por el constituyente de 1991:

Y es que si se analiza la situación desprevenidamente y sin sesgos teóricos, se llega fácilmente a la conclusión de que si para determinar la responsabilidad estatal se debe establecer el desvalor de la conducta estatal, nada nuevo se habría introducido con el artículo 90 y con la radicación de la antijuridicidad del daño, porque la responsabilidad dependería de la demostración del título de imputación, tal como funcionó la responsabilidad estatal antes de 1991.

En una obra que lideró del constituyente que lideró la elaboración de las ponencias sobre el tema de la responsabilidad del Estado en 1991, se leen los siguientes párrafos: “El centro de gravedad de la responsabilidad patrimonial del Estado está ahora más bien en el efecto que en la causa. En otras palabras, que el constituyente

trasladó su eje del carácter antijurídico de la conducta que, por activa o por pasiva, observó la autoridad pública involucrada, al carácter antijurídico del daño al que ella dio lugar”.

Si la intención del constituyente era transferir la atribución de la responsabilidad a la antijuridicidad del daño ¿qué relevancia tiene determinar si en su ocurrencia tuvo incidencia la conducta del Estado?(García D., 2009, p.p. 173 y 174).

El autor bajo análisis es palmario al sostener que para el diseñador del artículo 90 constitucional, el fenómeno de la imputación del daño antijurídico al Estado no equivale a concebir elaboraciones, tradicionalmente jurisprudenciales, que se asimilan y encuadran dentro de los denominados regímenes y títulos de imputación de responsabilidad, pues “las palabras del ponente no dejan dudas. No es menester valorar la culpa o falla del Estado. Basta con determinar que la víctima no estaba en la obligación de soportar el daño para reclamar el derecho a su resarcimiento”.(García D., 2009, p. 174).

Y es fácil arribar a esa conclusión cuando se comparte la idea de que la responsabilidad patrimonial pública anclada en el daño antijurídico es de naturaleza objetiva, lo que deriva en la consecuencia lógica de cuestionar la utilización de los regímenes y títulos de imputación de responsabilidad cuando se pretende analizar la casuística de responsabilidad del Estado por la causación de daños antijurídicos:

Y, finalmente, el ponente dijo sin ambages que la responsabilidad basada en daños antijurídicos es objetiva. La determinación de un título de imputación en los casos de responsabilidad del Estado es innecesaria y excesiva, pues siempre que se pruebe la ocurrencia de un daño antijurídico, ello bastará para endilgar responsabilidad(García D., 2009, p.p. 174 y 175).

Es decir, y según el pensamiento doctrinario de la precedencia, bastaría la mera atribución del daño en términos de causalidad para derivar responsabilidad estatal. Esta

posición doctrinaria descarta, por ende, la importancia de los títulos de imputación dentro del esquema del daño antijurídico como fundamento de la responsabilidad estatal en Colombia.

Hay otro pensamiento doctrinal que en el asunto expone una inocultable sincronía con la intencionalidad del constituyente de 1991:

La Carta Política de 1991 en forma técnica y en procura de institucionalizar un verdadero Estado Social de Derecho, consagró una plena, verdadera, absoluta y didáctica disposición normativa, tendiente a regular la materia de la responsabilidad patrimonial del Estado, sin exclusión o restricción de ramas del poder público, organismos, personas o entidades del sector oficial, motivo por el cual nos colocamos en la vanguardia en el derecho público no solo en América, sino ante los demás países del mundo.

Los criterios culpabilistas han sido superados, y por lo tanto nos hallamos frente a una teoría que, paradójicamente, acerca al ciudadano al tantas veces llamado Estado de Derecho.

Ahora no nos importa, poco ni mucho, si hubo falla o falta del servicio, y por lo mismo culpa de la administración al producir el daño. Nos preguntamos si dicho perjuicio está obligado el ciudadano a sufrirlo, en desarrollo del principio de igualdad ante las cargas públicas.

Por este motivo, el avance jurídico del artículo 90 de la Carta política fue enorme, y por tanto, si obra bien el Estado u obra mal, pero perjudica, y quien sufre el perjuicio no está obligado a soportarlo jurídicamente, deberá ser indemnizado (Parra W., 2003, p.p. 100 y 101).

Para el citado tratadista no cabe duda que el artículo 90 superior, cuyo texto introduce el concepto de daño antijurídico, expone una responsabilidad pública de naturaleza objetiva, lo que se predica independiente de la calificación del actuar de la autoridad pública causante del daño. En este sentido, dicho autor es enfático al afirmar:

Por este motivo la doctrina ha dicho que nos encontramos frente a un tipo de responsabilidad patrimonial objetiva, pues se mira es al ciudadano y no el tipo comportamental de la administración. No miramos la responsabilidad patrimonial bajo la óptica subjetiva.

Por eso excluimos ese culpabilismo administrativo para concluir la responsabilidad, sin perjuicio de que al interior de la administración pública se efectúen juicios de valor sobre el dolo o la culpa grave del funcionario que promovió el daño, entre otras cosas para que se concluya en su responsabilidad de revertir al Estado lo que éste le haya tocado pagar por concepto de indemnización

En términos sencillos, la responsabilidad patrimonial del Estado es objetiva, pero el juicio de responsabilidad del funcionario frente al Estado en ejercicio de la acción de repetición es culpabilista, para concluir si el funcionario obró con dolo o culpa grave.

De manera que como el daño tiene una relación íntima con el objeto de la tutela jurídica o bien jurídicamente protegido, y si el ciudadano resulta patrimonialmente vulnerado, no puede concluirse en forma diferente que, si además se vulnera el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta Política, el perjudicado debe ser indemnizado.

El asunto es simple: los artículos 90 y 13 de la Carta Política de 1991 se encausan por un resarcimiento con base en el daño antijurídico y la imputación al órgano estatal (Parra W., 2003, p. 101).

Por demás, el citado autor, al hablar del fenómeno de la imputación del daño antijurídico, interpreta fielmente el querer del constituyente de 1991 cuando este se refiere a la insuficiencia de la falla del servicio como criterio dominante para explicar la responsabilidad patrimonial del Estado:

A su vez, el concepto de “imputabilidad al órgano estatal” nos conduce a precisar que la actuación de la administración es imputable o atribuible a ella, sin necesidad de identificar al agente estatal o servidor público, pues continúa el criterio del anonimato, y si con base en tal actuación de la administración surge un

daño o lesión que es antijurídica, esto es, sin justificación en el ordenamiento jurídico, hay una relación de causalidad entre la actuación de la administración y el daño, y como consecuencia nace para el Estado el deber jurídico de indemnizar.

Conforme a lo antes expuesto, se plantea la responsabilidad patrimonial del Estado con base en el daño antijurídico, sin que sea necesario hablar de “falla del servicio”, “presunción de falla”, que hubo “culpa de prestarse el servicio”, o que la responsabilidad debe examinarse con la “teoría del riesgo” u otra semejante (Parra W., 2003, p.p. 103 y 104).

Hasta aquí, con base en la intencionalidad del diseñador de la Constitución de 1991 y en las interpretaciones de su delegado y ponente más destacado en la materia, pero también desde los puntos de vista de algunos sectores doctrinarios, puede inferirse que la responsabilidad patrimonial pública estatuida en el canon 90 de la Constitución Política es de índole objetiva. También puede deducirse, con base en esas exposiciones doctrinarias, que cuando el constituyente de 1991 habló de daños antijurídicos imputables al Estado, no concibió los tradicionales referentes teóricos doctrinarios y jurisprudenciales con los que hasta ese momento se venía definiendo la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia, esto es, los denominados regímenes y títulos de imputación de responsabilidad.

Y es que, según las exposiciones del delegatario Esguerra Portocarrero, leal intérprete del sentir del constituyente de 1991, el fenómeno de la imputabilidad del daño antijurídico a la autoridad pública no supone elucubraciones jurídicas que vayan más allá de lo querido por el creador de la norma superior, con lo cual el mero achaque o simple atribución del daño antijurídico a la autoridad pública, como lo observa la doctrina (García D., 2009, p. 175), es suficiente para derivar la responsabilidad patrimonial del Estado, en tanto el particular afectado no tenga la obligación de soportar ninguna lesión.

3.6.2.1 Régimen subjetivo

Abordar el análisis doctrinal de los regímenes y títulos de imputación de responsabilidad pública dentro del marco del Estado Social de Derecho y desde una lectura analítica del artículo 90 constitucional, acorde con el sentir del constituyente de 1991, ofrece algunas particularidades, acorde con la interpretación doctrinal en relación con el tipo de responsabilidad patrimonial del Estado que subyace al interior del referido canon superior. Este acápite recoge un limitado número de doctrinantes y su concepción en torno al asunto bajo análisis.

El profesor Carlos Enrique Pinzón Muñoz es prolijo al conceptuar que el artículo 90 de la Carta no establece de suyo, de manera automática, un sistema de responsabilidad patrimonial pública de carácter objetivo, cuyo análisis parte del cuestionamiento del fundamento mismo de la responsabilidad que incorpora el artículo 90 constitucional:

Como primera nota introductoria al problema, debe señalarse que la construcción teórica del daño antijurídico no es más que un concepto jurídico indeterminado, es decir, un criterio vacío que debe ser interpretado conforme al derecho vigente y viviente en el momento correcto. Por tanto, debe admitirse que la primera de las carencias que presenta la cláusula de responsabilidad en el sistema jurídico colombiano, es la indeterminación de su concepto clave (Pinzón C., 2014, p.p. 60 y 61).

Para el citado autor, el constituyente de 1991 interpretó sesgadamente la doctrina española en su intención de fundamentar la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia, pues solo tuvo en cuenta el sector doctrinario de ese país que concibe una responsabilidad patrimonial pública de naturaleza objetiva con fundamento en el daño antijurídico (Pinzón C., 2014, p.p. 64 y 65).

En cuanto al fenómeno de la imputabilidad del daño, y en abierta contrariedad con la intención del constituyente de 1991, expone:

De hecho, entonces, como puede ya asimilarse, la evolución del sistema de responsabilidad administrativa de ninguna manera ha enarbolado, ni en Francia ni en Colombia, la idea de responsabilidad objetiva como una de sus variables plausibles, donde simplemente debería acreditarse un daño y la nuda relación causal para lograr la reparación, dado que, en cualquier caso, aún en vigencia de los títulos de imputación objetivos y de la objetivación del daño, siempre habrá de exhibirse una relación no solo causal sino, especialmente, una justificación normativa del reproche-la imputación propiamentedicha(Pinzón C., 2017, p. 157).

Para Pinzón, entonces, dentro del marco el artículo 90 constitucional, siguen vigentes los regímenes de responsabilidad del Estado y sus títulos de imputación. En cuanto al régimen subjetivo de responsabilidad, el autor destaca su importancia y vigencia amprado en el apego que el ordenamiento jurídico colombiano manifiesta por la tradición jurídica francesa de donde dichas teorías hicieron tránsito al derecho interno(Pinzón C., 2017, p. 158).

La falla del servicio, como título que desarrolla el régimen de responsabilidad subjetivo, “se identifica con la idea de no funcionamiento, mal funcionamiento o funcionamiento tardío de la administración, tal y como lo ha entendido la doctrina clásica”.(Pinzón C., 2017, p. 158). Y esta doctrina clásica parece ser la francesa, de la cual el derecho colombiano de daños es fiel legatario.

A nivel jurisprudencial, por ejemplo, es innegable el influjo que en la actualidad ejerce el derecho francés de daños en el orden interno, pues pese a existir en Colombia un canon constitucional que de manera expresa regula el asunto, es el Consejo de Estado quien marca la pauta en la materia, siendo en la actualidad de suma importancia en su labor judicial en el ramolas teorías de la *faute de service*(Pinzón C.,

2014, p. 83), -entendida como la carencia del servicio o su defectuoso funcionamiento-, constituyendo el título por excelencia y única especie de imputación(Pinzón C., 2017, p. 160) bajo el cual debe estudiarse y definirse la responsabilidad patrimonial del Estado en un caso puntual.

Para esta importante sección de la doctrina de daños, pese a que la Constitución Política de 1991 consagró la responsabilidad patrimonial del Estado bajo las innovadoras teorías del derecho español, esto es, el daño antijurídico, queriendo apartarse del concepto singular de mal funcionamiento como fuente del reproche administrativo, el régimen subjetivo -y su falla del servicio-constituyen desde hace décadas los estándares del reproche en materia de daños y su atribución al Estado para efectos indemnizatorios(Pinzón C., 2017, p.p. 159 y 160).

Y así lo reseña, para finalizar, su destacado exponente: “Incluso en la actualidad la jurisprudencia del Consejo de Estado busca afanosamente fórmulas mágicas para huir de esa justificación jurídica (El juicio de atribución jurídica del daño predominantemente objetivo que sugiere la noción de daño antijurídico) y refugiarse nuevamente en la falla del servicio como única fuente de imputación”.(Pinzón C., 2017, p. 160).

La doctrina representada por el profesor Jaime Orlando Santofimio Gamboa,cuestiona la pretendida responsabilidad objetiva del artículo 90 de la Constitución Política y plantea reparos sobre el fundamento teórico de esa responsabilidad:

Cabe advertir que la Carta Política de 1991 introdujo el concepto de daño antijurídico cuya delimitación pretoriana no ha sido completa y ha suscitado confusiones, especialmente con el concepto de daño especial, al entender que la

carga no soportable es asimilable a la ruptura del equilibrio de las cargas públicas, lo que no puede admitirse y debe llevar a reflexionar a la jurisprudencia y a la academia en la necesidad de precisar el contenido y alcance del daño antijurídico que, sin duda se enriquece desde una visión casuística (Santofimio J., 2017, 748) (Subrayas no son del texto original).

El daño antijurídico, como pretensión del constituyente de 1991 para fundamentar en Colombia una responsabilidad del Estado de cariz objetivo, ha suscitado más polémica que convicción sobre la responsabilidad que intenta soportar. Y, como lo advierte Santofimio, su delimitación pretoriana no ha sido lo suficientemente clara ni precisa para concluir de manera inequívoca sobre su alcance, lo que requiere, en voces del tratadista, de una adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, en donde se ponga de relieve el respeto de la dignidad humana, lo cual parte del reconocimiento del derecho del particular a una debida indemnización cuando vea afectada su situación jurídicamente protegida (Santofimio J., 2017, p. 747).

Y en lo que puede constituir una alternativa para sortear las confusiones alrededor de la noción de daño antijurídico, esta doctrina hace hincapié en la necesidad de dar aplicación al principio de imputabilidad, según el cual “la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica”. (Santofimio J., 2017, p. 524).

Es decir, la mera atribución causal del daño al ente público, así tenga este la connotación de ser antijurídico, no es suficiente para derivar su responsabilidad patrimonial, lo que precisa de ese ejercicio de imputabilidad, el cual se realiza a través de la aplicación de los títulos de imputación de responsabilidad que han elaborado la doctrina y la jurisprudencia.

En cuanto al tipo de responsabilidad pública que concibió constitucionalmente el constituyente de 1991, esto conceptúa el citado tratadista:

La premisa inicial para abordar el tratamiento de la responsabilidad del Estado parte de la lectura razonada del artículo 90 de la Carta Política, según la cual a la administración pública le es imputable el daño antijurídico que ocasiona. En la visión humanista del constitucionalismo contemporáneo, no hay duda que en la construcción del régimen de responsabilidad la posición de la víctima adquirió una renovada relevancia, sin que pueda afirmarse que con ello se llegue a concluir que desde la nueva carta constitucional el régimen se orienta hacia una responsabilidad objetiva, sino a la afirmación del principio de la eficacia de la administración pública (Brewer-Carías A., y Santofimio, 2013, p.p. 140 y 141).

Y para reafirmar lo anterior, expresa dicho autor: “La constitucionalización de la responsabilidad del Estado no puede comprenderse equivocadamente como la consagración de un régimen objetivo, ni permite al juez contencioso-administrativo deformar el alcance de aquella”. (Santofimio J., 2017, p. 524).

Por demás, para el citado autor, pese a existir cláusula expresa de responsabilidad en Colombia, el tratamiento de la casuística en el ramo es predominantemente de elaboración jurisprudencial, tal como se definía el asunto antes de 1991, siendo determinantes, antes y después de la constitucionalización de la responsabilidad, las teorías francesas del derecho de daños, teniendo aplicación tanto el régimen subjetivo y su falla del servicio, como el régimen objetivo y sus respectivos títulos de imputación:

El régimen de responsabilidad del Estado en el derecho administrativo colombiano se construyó desde finales del siglo XIX, proceso que siguió durante todo el siglo XX y se consolida actualmente. Si bien en vigencia de la Constitución de 1886 no existía una cláusula expresa con base en la cual se afirmara la responsabilidad del Estado, esto no fue obstáculo para que por vía

pretoriana su construcción se haya producido, lo que pone de presente el debate acerca de la necesidad o no de su consagración en la Carta Política. En este sentido, la doctrina señala que ni la Corte Suprema de Justicia, mientras conservó la competencia general en estos asuntos, ni el Consejo de Estado tuvieron necesidad de un texto constitucional o legal para estructurar y desarrollar, de la misma forma como lo ha venido haciendo la jurisprudencia administrativa en Francia, a partir del *arrêt Blanco*, un completo sistema de responsabilidad del Estado (Brewer-Carías A., y Santofimio, 2013, p.p. 136).

Colofón, la doctrina mayoritaria coincide que la praxis de responsabilidad patrimonial del Estado en el plano nacional ha tenido notable raigambre y desarrollo jurisprudencial, siendo en esencia de tipo subjetivo esa responsabilidad patrimonial pública. Desde luego los títulos de imputación de naturaleza objetiva han jugado papel importante dentro de esa casuística de responsabilidad, sin que pueda deducirse que su constitucionalización en el canon 90 superior cambió su naturaleza.

Auscultando otras posiciones doctrinarias, el profesor Ruíz Orejuela sostiene que a partir de la introducción del daño antijurídico en la Constitución de 1991:

El elemento culpa dejó de ser el factor fundamental de imputación de responsabilidad del Estado, para entrar a hablar de la tesis del daño antijurídico, donde se incluye daños originados por una falla del servicio y daños provenientes de actividades donde no se habla de culpa, sino de daño objetivo (Ruíz W., 2008, p. 19).

Más adelante afirma el autor en comentario:

Con la consagración de la tesis de antijuridicidad del daño lo que se pretende en un Estado Social de Derecho, es resarcir o indemnizar los daños causados cuando una norma o disposición legal no consagra la obligación de soportarlo, garantizando el resarcimiento de aquellos daños que rompen el equilibrio frente a las cargas públicas que deben soportar los ciudadanos, sin importar la intención

del agente o la licitud de la conducta, sino actuando en acatamiento de la norma (Ruíz, 2008, p. 21).

En un contexto tal, para el autor bajo estudio es difícil concebir que el daño antijurídico, *per se*, configure un régimen de responsabilidad patrimonial del Estado de carácter objetivo, pues dentro del contexto del “novedoso” concepto importado del derecho español, hay lugar a la aplicación tanto de los títulos subjetivos de imputación (falla del servicios) como de los objetivos (Daño especial y riesgo excepcional).

En lo propiamente referido al régimen subjetivo, enseña el profesor Ruíz que éste es el régimen tradicional de responsabilidad en el cual “predomina la culpa de la administración por extralimitación de funciones, retardo en el cumplimiento de obligaciones, obligaciones cumplidas de forma tardía o defectuosa, o por el incumplimiento de obligaciones a cargo del Estado”. (Ruíz W., 2010, p.p. 1 y 2).

Por demás, puntualiza Ruíz, el fundamento de dicho régimen “se encuentra en que la función esencial de la existencia del Estado es la prestación de los servicios públicos para atender las necesidades vitales de la población”. (Ruíz W., 2015, p. 80), y que cualquier daño que se produzca en contra de los ciudadanos por deficiencia o irregularidades en el ejercicio de esa actividad, debe ser reparado.

Por otro lado, para el autor bajo examen, la actividad jurisprudencial es determinante en el tratamiento de la responsabilidad patrimonial pública en Colombia, tal como lo hacía en vigencia de la Constitución Política de 1886, estatuto que carecía de una norma específica que consagrara de manera inequívoca la responsabilidad patrimonial del Estado en el plano nacional, la cual se tornaba innecesaria dada la creatividad y audacia de la jurisprudencia para tratar el asunto.

En efecto, Ruíz reseña a Santofimio y a Weber – Carías para hacer hincapié en que “la inexistencia de una cláusula expresa en la que se fundara la responsabilidad del Estado en esa época (Antes de 1991), no fue realmente un obstáculo para que por vía jurisprudencial se construyera una teoría en ese sentido”. (Ruíz W., 2015, p. 74).

Así las cosas, y a manera de recapitulación de este influyente pensamiento doctrinal, para la jurisprudencia y la doctrina el daño antijurídico tan solo configuraría un criterio más de imputación de responsabilidad estatal, con lo cual, y lejos de la intención del constituyente de 1991, los regímenes de responsabilidad del Estado, junto con sus respectivos títulos de imputación, especialmente la falla del servicio, cuyo predominio es innegable, tienen plena vigencia y aplicación en la casuística cotidiana de responsabilidad estatal, tal como funcionaba el asunto antes de 1991.

Doctrina basilar dentro del análisis que se realiza en este apartado es la expuesta por el maestro Javier Tamayo Jaramillo, de quien se trae la siguiente afirmación:

Basado en el concepto de daño antijurídico plasmado en el artículo 90 de la Constitución de 1991 y en buena parte de la doctrina española, el Consejo de Estado colombiano ha generado acelerados y audaces cambios en la jurisprudencia relativa a la responsabilidad del Estado. Cada vez, con mayor énfasis, se tiende hacia la reducción de la falla del servicio como elemento de dicha responsabilidad. A ello contribuyen los profundos cambios políticos y tecnológicos que hoy suceden en el país. La dolorosa guerra que destroza nuestra nación, los actos de terrorismo, la utilización por parte del Estado de armas de fuego, de vehículos, de redes de energía, de la informática, así como los deficientes servicios de salud y de reclusión de prisioneros o de enfermos psiquiátricos, generan muchos daños cuya indemnización es reclamada judicialmente al Estado que los causó. De una u otra manera, la jurisprudencia actual del Consejo de Estado, en todos estos tipos de daños, libera a la víctima de

la carga de probar la falla del servicio. Llámese presunción de falla o responsabilidad objetiva.

Esa realidad socio-jurídica no puede ser ignorada por los estudiosos del tema, aunque no se compartan sus fundamentos y conclusiones. Por ello, se hace indispensable analizar, hasta agotar los argumentos, si la falla del servicio sigue gobernando, así sea parcialmente, la responsabilidad administrativa. Pero, es indudable que muy buena parte de la responsabilidad del Estado es objetiva. Por lo tanto, estamos en mora de desarrollar un estudio sistemático de esos regímenes y de la evolución de la jurisprudencia(Tamayo J., 2012, p. 15).

Las anteriores palabras datan de 1997, pocos años después de entrar en vigor la cláusula de responsabilidad vertida en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991. Para esos años la jurisprudencia administrativa, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, aún discurría entre la aceptación o el rechazo de un sistema de responsabilidad pública con cariz objetivo con puntal en el daño antijurídico.

El pensamiento actual del profesor Tamayo dista considerablemente de su apreciación de antaño, como también es relativo su testimonio de que “cada vez, con mayor énfasis, se tiende hacia la reducción de la falla del servicio como elemento de dicha responsabilidad”. Realmente, y en lo que constituye una manifestación vigente de pensamiento, el referido autor destaca lo avanzado que es el sistema colombiano de responsabilidad patrimonial del Estado y el rol que han jugado en su configuración tanto la doctrina como la jurisprudencia(Tamayo J., 2012, p. 17).

De igual manera destaca que antes de entrar a regir la Constitución de 1991, este sistema ya contaba con regímenes de responsabilidad objetiva, por lo que es inadmisibles que la teoría del daño antijurídico convierta esencialmente en objetiva toda la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia(Tamayo J., 2012, p. 17).

Tamayo Jaramillo, en definitiva, es un destacable crítico del instituto jurídico que se incorporó como fundamento conceptual de la responsabilidad pública en Colombia:

Como se ve, pues, aún con texto constitucional que, en forma expresa, pareciera establecer la responsabilidad objetiva, los autores y tribunales españoles no son tan unánimes como a primera vista quieren hacérselo creer.

Pero en el derecho colombiano carecemos de un texto que permita inferir que en nuestro país la responsabilidad del Estado siempre es objetiva. El artículo 90 de la Constitución Política se limita a decir que el daño antijurídico hace responsable a la administración, pero no nos define lo que haya de entenderse por “antijurídico”. De otro lado, la norma no menciona, en absoluto, cuál sea la forma de exoneración del Estado, como si lo hace el texto constitucional español (Artículo 106, numeral 2 de la Constitución de 1978). Luego en Colombia no poseemos sustratos legales que permitan inferir esa responsabilidad objetiva. En consecuencia, es imposible adoptar, sin más, una doctrina que se inspira en una norma radicalmente diferente a la nuestra.

Como si fuera poco, el artículo 90 de la Constitución colombiana habla de responsabilidad por omisiones. Y lo cierto es que la responsabilidad por omisión simple, necesariamente se funda en la culpa, pues solo quien incumple un deber de actuar incurre en responsabilidad. De allí que la jurisprudencia siempre absuelva al Estado cada vez que, demandado por omisión, no se pruebe que incumplió un deber. El nexo causal y la culpa se superponen en la responsabilidad por omisión.

En cambio, en el derecho español nada se dice al respecto, lo que corrobora aún más la dificultad de recibir, sin beneficio de inventario, la doctrina española sobre la materia (Tamayo J., 2012, p. 52).

Para el profesor Tamayo, entonces, el instituto del daño antijurídico, como soporte de una responsabilidad objetiva, es incompleto y confuso, pues aparte de que ni constitucional ni legalmente se aporta una definición del término, tampoco existe

elaboración teórica que se refiera a cuándo el daño es jurídico y cuándo debe ser soportable por la víctima (Tamayo J., 2012, p. 54), eventos en los que se descartaría, consecuentemente, la obligación indemnizatoria a cargo del Estado. En punto a hacer hincapié al respecto, esto conceptúa el autor:

Cuando se dice que el daño es antijurídico cada vez que la víctima no está obligada a soportarlo, nos estamos refiriendo a una consecuencia lógica y no axiológica de la actividad estatal. Así la norma no lo diga expresamente, lo cierto es que cada vez que el Estado tiene el derecho a dañar, los particulares tienen, no la obligación, sino, más bien, la consecuencia lógica y práctica de tener que soportar el daño. No se trata de una obligación en sentido propio, sino en sentido figurado. Dicho de otra forma: no es que el Estado sea responsable porque la víctima no tenía la obligación de soportar el daño; al contrario: la víctima no tiene la obligación de soportar el daño cuando el Estado no tiene derecho a dañar. El Estado tiene que actuar, pues esa es su función, así dicha función sea dañosa. Lo que ocurre es que cuando esa actuación es culposa, o cuando sin ser culposa genera un riesgo excepcional o genera un daño especial, el Estado es responsable (Tamayo J., 2012, p. 57).

Y siendo más exhaustivo en su análisis, el profesor Tamayo conceptúa que el daño antijurídico resiste el calificativo de culposo:

Podemos afirmar que, en algunas circunstancias, el Estado, así no actúe ilícita o culposamente, tiene la obligación de indemnizar los perjuicios que cause, pues el daño es antijurídico en la medida que el Estado no tenía el derecho de causarlo y, consecuentemente, la víctima no tenía la obligación de soportarlo. Piénsese en la responsabilidad por trabajos públicos, en la responsabilidad por el riesgo excepcional, en la responsabilidad por el daño especial, etc.

En cambio, hay una serie de situaciones en las cuales la respuesta no es así de contundente, y entonces es indispensable preguntar sobre el papel que juega la falla del servicio como elemento indispensable de la responsabilidad estatal. Es decir, nos preguntamos: ¿cuándo el daño es jurídico y, por lo tanto, solo se torna

antijurídico en la medida que exista la falla probada o presunta del servicio? Es esa la tarea que nos aguarda y estamos en mora de comenzarla.

Por lo pronto, afirmemos que, en todos aquellos casos en que el Estado tiene el derecho de dañar, su responsabilidad patrimonial solo puede comprometerse en la medida que exista una falla del servicio; o lo que es lo mismo: que el daño solo es antijurídico si es culposo. Pero ello no nos resuelve nada, pues se trata del mismo sofisma, pero mirado desde el otro lado de la moneda. Unas veces esa falla puede ser presunta, pero en otras, necesariamente, debe ser probada(Tamayo J., 2012, p. 58).

De lo expuesto se infiere, para esta sección de la doctrina del derecho administrativo de daños, que, contrario a lo pretendido por el constituyente de 1991, el daño antijurídico no es sinónimo de una responsabilidad patrimonial del Estado de cariz objetivo. De igual manera se deduce que el régimen subjetivo de responsabilidad estatal, y la falla del servicio como título de imputación inherente a dicho régimen, es el sistema por excelencia a partir del cual debe abordarse la casuística judicial en la materia,

Pues no hay una sola responsabilidad estatal que, partiendo del concepto de daño antijurídico, pase de fundarse en la falla del servicio y se convierta en una responsabilidad objetiva.El edificio anterior está de pie y le cambiaron de nombre(Tamayo J., 2012, p. 63).

Sostiene la doctrinaque el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado patrio es positivista, pues está expresamente consagrado en norma jurídica constitucional (Armenta M., 2009, p. 92).No obstante, para esta vertiente,resulta llamativo que habiendo norma que consagra específicamente la responsabilidad estatal, su origen, evolución y aplicación sea esencialmente producto de la iniciativa judicial, ya que

Fueron las teorías y las bases trazadas por el esfuerzo interpretativo de los jueces las que permitieron la formación de los diversos regímenes de responsabilidad

patrimonial del Estado, y que obviamente facilitaron el camino para la entrada de la cláusula general de responsabilidad de naturaleza constitucional consagrada en la Constitución Política de 1991(Armenta M., 2009, p. 94).

Afirma Armenta que dicho régimen está fundamentado en el artículo 16 de la Constitución Política de 1886, y bajo su invocación el Estado podía ser declarado responsable siempre que concurrieran los siguientes elementos: una falta o falla del servicio de la administración, un daño o perturbación de un bien protegido legalmente y una relación causal entre la falla de la administración y el hecho dañoso(Armenta M., 2009, p. 94).

Para la declaratoria de responsabilidad del Estado bajo el régimen subjetivo, antes de 1991, bastaba la concurrencia de estos tres elementos, pudiendo exonerarse el ente público cuando el daño fuera causado por el hecho de un tercero, por fuerza mayor, por caso fortuito y por los actos del agente estatal desligados y sin conexión con el servicio(Armenta M., 2009, p. 94).Debe destacarse, en este punto, que antes de 1991 no se hablaba de imputación del daño, vocablo que aparece solo con el artículo 90 de la Constitución de 1991.

En relación con el tipo de responsabilidad que trae el artículo 90 superior, este pensamiento doctrinal enfatiza en que, con posterioridad a 1991, la jurisprudencia del Consejo de Estado está marcada por tres tendencias interpretativas:

Una primera interpretación de la responsabilidad consideró que, con fundamento en la categoría daño antijurídico, esa responsabilidad estatal se había vuelto netamente objetiva. Es una etapa de pensamiento jurisprudencial bastante influenciado por el derecho español y en la cual se estimó que el régimen subjetivo y la falla del servicio había desaparecido(Armenta M., 2009, p. 98).

Una segunda etapa de interpretación jurisprudencial está marcada por una atenuación en la concepción de una responsabilidad objetiva. Este pensamiento jurisprudencial estima que por regla general la responsabilidad pública es objetiva, pero hay eventos en los que se admite la falla del servicio. Adquiere relevancia la conjugación de tres elementos para que opere la falla del servicio: Un hecho dañoso; que ese hecho produzca un daño antijurídico; y una imputabilidad de ese daño antijurídico al Estado(Armenta M., 2009, p. 98).

En esta etapa de pensamiento la jurisprudencia habla de falla anónima, con lo que es suficiente señalar que la falta proviene de la administración y no tanto del funcionario, como tampoco resulta necesario obtener su identificación.

La tercera etapa de pensamiento jurisprudencial está marcada por el regreso a los regímenes de responsabilidad del Estado que se venían tratando antes de la Constitución de 1991(Armenta M., 2009, p. 101). Se caracteriza este período de pensamiento jurisprudencial porque da cabida nuevamente, sin condición alguna, a todos los regímenes y títulos de imputación de responsabilidad que se venían utilizando antes de 1991, con lo cual el nuevo fundamento de responsabilidad pública, que tanta pluma, papel y enardecidos debates implicó en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, pareciera significar una quimera jurídica, una falaz intención de proponer al daño antijurídico como un indiscutible fundamento objetivo de responsabilidad patrimonial del Estado que haría innecesarios los regímenes y los títulos de imputación de responsabilidad.

En el contexto de la tercera etapa de interpretación jurisprudencial de la responsabilidad del Estado posterior a 1991, el régimen subjetivo de responsabilidad, con la falla del servicio como título que lo expresa y lo materializa, recobra su

importancia y prelación sobre los demás títulos al momento de estudiar la responsabilidad del Estado.

Para el pensamiento doctrinal de turno, contrario a la intención del constituyente de 1991, el régimen de responsabilidad pública que trae el artículo 90 de la Constitución Política de 1991

No obedece a un esquema objetivo como inicialmente se quiso presentar por parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, sino que, por el contrario, lo que esta norma constitucional consagra es que la responsabilidad sigue siendo subjetiva, por cuanto debe probarse la existencia de un daño antijurídico, el cual debe ser imputable al Estado, y esa imputación se hace mediante los títulos de imputación ya analizados.

Si bien se pensó que con la expedición del artículo 90 de la Constitución Política de 1991 los regímenes jurídicos de responsabilidad preconstitucionales desaparecerían por cuanto la norma citada había tornado objetiva la responsabilidad patrimonial del Estado, posteriormente, el Consejo de Estado fue atenuando esta tendencia y comenzó a utilizar en cada una de sus providencias nuevamente los títulos jurídicos de imputación, los cuales se mantienen.

Es decir, que hoy en día el régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado es por regla general de tipo subjetiva, salvo algunas excepciones de responsabilidad objetiva (Armenta M., 2009, p. 110).

La doctrina nacional sostiene que aunque es a partir de 1991 que se materializa una consagración específica de la responsabilidad patrimonial del Estado en norma superior, no debe desconocerse el importante rol que jugó la jurisprudencia, especialmente la civil, en el origen, desarrollo y aplicación de este instituto en el derecho colombiano (Arboleda J., y Botero, 2015, p.p. 50 y 51).

En cuanto al nuevo fundamento de la responsabilidad, los citados autores realizan la siguiente crítica:

El artículo 90 de la Constitución está redactado en términos de “daño antijurídico”, con una imprecisión técnica: lo antijurídico no es el daño *per se* al ser éste un concepto de alteración fenomenológico, de transformación de la realidad de un estado de cosas a otro de carácter inferior. Lo que resulta antijurídico es el comportamiento causante del daño, por cuanto existen conductas dañinas que si bien son desplegadas por el Estado, no radican en su cabeza responsabilidad alguna por cuanto es deber de la sociedad mantener su autoprotección (Arboleda J., y Botero, 2015, p.p. 53 y 54).

Esta sección doctrinaria no oculta su disenso conceptual con el constituyente de 1991, pues al estimar que es la conducta pública la que resiste el calificativo de antijurídica y no el hecho fenoménico en sí, esto es, el daño, ubica la discusión en el plano de un sistema culpabilista de responsabilidad, contrario a lo pretendido por el diseñador de la norma fundamental de establecer un sistema de responsabilidad ajeno a toda connotación de culpabilidad.

Dentro de este contexto, para la señalada doctrina, con el artículo 90 superior no se implementa en Colombia un sistema objetivo de responsabilidad del Estado, pues siguen teniendo vigencia los tradicionales regímenes de responsabilidad considerados por la jurisprudencia con sus respectivos títulos de imputación como la falla del servicio, el riesgo excepcional y el daño especial. El primero de dichos títulos hace parte del régimen de carácter subjetivo, en tanto que los dos últimos conforman el régimen de responsabilidad de carácter objetivo (Arboleda J., y Botero, 2015, p. 56).

En cuanto al régimen subjetivo, sostienen los mencionados autores:

La falla del servicio puede definirse como el comportamiento de la administración (o de cualquier ente estatal) que transgrede una norma jurídica y que se traduce en la violación a una obligación preexistente. El Consejo de Estado ha dicho que dicha transgresión puede darse bien a una norma que determina con precisión sus obligaciones o bien porque así se evidencia de las obligaciones genéricas que se encuentran en la Constitución Política.

Sin embargo, en este último caso, se evidencia una contradicción con el principio de toda entidad pública de obrar de acuerdo a las facultades expresamente determinadas en la Constitución en sentido amplio, la cual parte tanto de las normas constitucionales existentes en el derecho interno, como de las normas convencionales que por vía de tratado internacional son incorporadas a nuestra legislación constitucional en el entendido del bloque de constitucionalidad vertido en los artículo 93 y 94 de nuestra Carta Política, la ley o el reglamento. Es decir, no habría razón para que la responsabilidad se derive de normas genéricas, pues toda actuación del Estado debe estar suficientemente reglada. Sólo debe bastar con la comprobación entre la norma, el comportamiento del Estado y su adecuación a la misma. Por lo tanto, a mayor concreción de la norma, más fácil será estructurar la falla del Estado (Arboleda J., y Botero, 2015, p. 57).

Este pensamiento doctrinal examina la existencia y justificación de los regímenes de responsabilidad del Estado y, en consecuencia, de los títulos de imputación, bajo tres aspectos: Los perjuicios a reparar, la posibilidad de repetir contra el funcionario y la carga de la prueba.

En cuanto a lo primero, esto es, la indemnización de perjuicios,

Ni para el Estado ni para la víctima es relevante la diferencia entre los regímenes de responsabilidad existentes. Lo anterior, pues en cualquier caso se repararán los perjuicios que se acrediten en el proceso, es decir, aquellos de carácter material como el daño emergente, el lucro cesante; y aquello de carácter inmaterial como el daño moral, el daño a la salud, la afectación a bienes constitucional y convencionalmente protegidos, y la pérdida de la oportunidad, según el caso. La afirmación precedente se justifica en el entendido que la reparación debe ser

plena, buscando que la víctima que se ha visto afrontada al daño antijurídico no continúe padeciendo los resultados dela conducta dañosa desplegada por el Estado(Arboleda J., y Botero, 2015, p.p. 60 y 61).

Con respecto a lo segundo, o sea, la posibilidad de una acción de repetición contra el agente estatal que dio lugar a la declaratoria de responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado,

Aunque en principio la acción de repetición se posibilita ante la existencia de un régimen de responsabilidad subjetiva de falla del servicio, por cuanto en él ha de constatarse la presencia de la culpa como elemento necesario para una condena, dicha situación no excluye-más si dificulta- la posibilidad de la procedencia de esta pretensión cuando la condena se fundamenta en un título objetivo de responsabilidad (Arboleda J., y Botero, 2015, p.62).

Y en cuanto a lo tercero, es decir, a la carga de la prueba dentro de la dinámica de un proceso concreto de reclamación indemnizatoria,

En un régimen subjetivo la víctima tendría frustrada su posibilidad de reparación si no logra demostrar la presencia del elemento subjetivo (culpa). Tal situación, en el fondo, comporta la negación de acceso a la justicia como un derecho fundamental por la carencia de medios técnicos que prueben una eventual falla. Adicional a lo anterior, el tratamiento diferenciado en un régimen objetivo se justicia por el mayor riesgo que implica el ejercicio de la actividad , riesgo que ha de ser asumido por el Estadosin importar que el daño se concrete o no con culpa grave o dolo de uno de sus agente (Arboleda J., y Botero, 2015, p.64).

En su análisis los autores de turno estiman que “si bien desde el punto de vista dogmático es importante el conocimiento y estudio de los títulos que permiten una imputación de responsabilidad en cabeza del Estado, las mismas pierden importancia al ser desplazadas por el nuevo derecho de daños” (Arboleda J., y Botero, 2015, p. 64), en

el cual sin duda cobra suma importancia la víctima, a la cual el Estado debe propiciar una verdadera reparación integral.

Y finalizan conceptuando que “en conclusión, debemos dejar de lado el excesivo ritualismo propio de ciertas materias jurídicas, y dar paso a la primacía de preceptos constitucionales que como la reparación integral son por sí mismos mandatos que se deben garantizar a toda persona”. (Arboleda J., y Botero, 2015, p. 65).

Dicha afirmación, sin sesgos en su interpretación, dejan abierta la posibilidad de una postura cuestionadora de la constitucionalidad del régimen subjetivo de responsabilidad patrimonial del Estado, pues el excesivo ritualismo al que hacen mención los autores, eventualmente rayaría con el sistema de garantías que se predica de la responsabilidad patrimonial del Estado.

3.6.2.2 Régimen objetivo

El análisis del tipo de responsabilidad que consagra el artículo 90 constitucional, según la intencionalidad del constituyente de 1991, es transversal a este acápite, lo que implica que el estudio doctrinal del régimen objetivo de responsabilidad del Estado principia con la apreciación que esbozan dichos segmentos doctrinarios sobre este tipo de responsabilidad.

Viveros destaca la institución del daño antijurídico y su imputabilidad a la autoridad pública como el sustento básico de la responsabilidad extracontractual del Estado, “de tal manera que si esa antijuridicidad del daño no se encuentra presente, la responsabilidad extracontractual sería inexistente”.(Viveros C., 2015, p. 135). O sea que para el autor en cita no basta la mera existencia del daño (imputación fáctica) para establecer la responsabilidad administrativa; se requiere también de una imputación jurídica, lo cual

Supone la necesidad de establecer el fundamento o razón jurídica que conlleva la obligación de reparar el daño e indemnizar los perjuicios, de donde se desprenderán los títulos de imputación, que en la presente obra agrupamos dentro de dos regímenes: uno subjetivo y otro objetivo (Viveros C., 2015, p. 136).

El pensamiento del doctrinante bajo examen difiere, entonces, de la intencionalidad del constituyente de 1991 de ver en el artículo 90 superior una responsabilidad patrimonial del Estado de cariz objetivo, pues al considerar la existencia y necesidad de los tradicionales regímenes y títulos de imputación de responsabilidad, sencillamente estima insuficiente el daño antijurídico, en sí mismo considerado, como indicador de aquel tipo de responsabilidad. Es decir, la mera causación del daño antijurídico no es aval de responsabilidad automática en cabeza del Estado; se precisa, además, el respectivo juicio de imputación de responsabilidad, lo cual se hace a través de los diversos títulos que tradicionalmente ha venido utilizando la jurisprudencia administrativa.

Ello quiere decir, para el doctrinante de turno, y dentro del contexto del artículo 90 constitucional, que será obligatorio pensar la responsabilidad del Estado a partir de los dos regímenes tradicionalmente esbozados por la jurisprudencia, en los cuales “se requiere que la actividad desplegada por el Estado sea finalmente la causa del daño bien de manera exclusiva, o concurrente con la de la víctima o la de un tercero”.(Viveros C., 2015, p. 136).

En cuanto al régimen objetivo de responsabilidad estatal, conceptúa Viveros:

En ocasiones, el actuar legítimo de la administración ocasiona también daños antijurídicos, que quien los padece no se encuentra en el deber legal de soportar, y es en estos eventos cuando surge palmariamente la responsabilidad extracontractual del Estado.

La existencia de un actuar legítimo del Estado en esta clase de responsabilidad, indica lógicamente que quedan excluidos del régimen objetivo aquellas situaciones en las que la administración actúa ilegítimamente, ya que la existencia de conductas irregulares o ilegítimas (culpables) por parte de la administración, emanan solo como necesarias para la estructuración del régimen subjetivo de responsabilidad (Viveros C., 2015, p. 161).

Para el citado autor, quien pretenda la declaratoria judicial de responsabilidad estatal bajo el régimen objetivo, le bastará probar la existencia del daño y sus perjuicios, eso sí, y la respectiva imputación de estos a la entidad estatal, la cual, si bien actuó dentro del marco de la legalidad, causó con ello daños que no se tenía la obligación legítima de padecer. En esencia, estudiar la responsabilidad estatal bajo el régimen objetivo descarta el análisis de conducta alguna para mirar solo el daño antijurídico y, desde luego, su imputación al Estado (Viveros C., 2015, p.p. 161 y 162).

En definitiva, Viveros le resta relevancia a la mera causalidad fenoménica del daño como generadora de responsabilidad pública y, contrario a lo pretendido por el constituyente de 1991, conceptúa que se precisa, además, de un juicio normativo mediante el cual el daño le sea endilgado al Estado, lo cual es posible a través de los regímenes de responsabilidad y sus respectivos títulos de imputación que los materializan. En el caso concreto del régimen objetivo, dichos títulos de imputación son el daño especial, el riesgo excepcional y la ocupación (Viveros C., 2015, p. 162).

La responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia se ha venido declarando, desde mitad del siglo XIX y hasta hoy, con base en los actuales regímenes que concibe la jurisprudencia (M'Causland M., 2015, p. 183).

En efecto, la casuística judicial en el ramo expuesta por el Consejo de Estado colombiano lo confirma, ya que pese a existir una cláusula general en materia de

responsabilidad estatal propuesta por el constituyente de 1991, en la que dejó plasmada su intencionalidad de ofrecer un nuevo fundamento de responsabilidad patrimonial pública en reemplazo de la tradicional falla del servicio (Esguerra J., 2008, p. 890), los regímenes y títulos de imputación de responsabilidad están vigentes y su aplicación a la casuística de responsabilidad estatal es imprescindible al momento de abordarse el asunto de la imputación del daño antijurídico a la administración.

El segmento doctrinario representado por M'Causland asevera que la jurisprudencia administrativa, desarrollada por el Consejo de Estado, antes y después de 1991, y en ejercicio de sus competencias legales y sus facultades para conocer de los asuntos relativos a responsabilidad del Estado (otorgadas mediante Decreto 528 de 1964), aplica en su casuística la falla del servicio, el daño especial y el riesgo excepcional, como teorías heredadas del ordenamiento jurídico francés (M'Causland, 2015, p. 184).

Quiere ello que este pensamiento doctrinal, en un evidente desacuerdo conceptual con la intencionalidad del constituyente de 1991, no se aviene a la idea de que el nuevo fundamento de responsabilidad estatal, esto es, el daño antijurídico, ofrezca, *per se*, una responsabilidad patrimonial del Estado de índole objetiva que haga prescindibles o innecesarios los títulos de imputación de responsabilidad.

En lo atinente propiamente al tema objeto del presente acápite, esto es régimen objetivo de responsabilidad, para M'Causland “las teorías del daño especial y el riesgo excepcional permiten fundamentar una responsabilidad objetiva del Estado, esto es, la obligación de indemnizar el daño causado por la realización de conductas lícitas”. (M'Causland, 2015, p. 185). A diferencia de lo que ocurre en el régimen subjetivo de responsabilidad, en donde es imperativo establecer la desaprobación de la conducta

estatal causante del daño, en el régimen objetivo ello es intrascendente, ya que no es de la esencia demostrar el desvalor del comportamiento dañino.

La doctrina en escrutinio comparte el sentir general de que el régimen objetivo de responsabilidad es desarrollado básicamente por dos títulos de imputación: el daño especial y el riesgo excepcional (M'Causland, 2015, p. 185). El anterior apunte, por cuanto hay autores que, además de los mencionados títulos de imputación, enlistan otros que, según sus convicciones, generan responsabilidad objetiva del Estado, verbigracia, la ocupación de inmuebles por motivos de trabajos públicos y la responsabilidad objetiva por el acto administrativo (Ruiz, 2010, p.p. 26 y 31).

En cuanto al daño especial, es un título de imputación que deja ver que la responsabilidad estatal de linaje objetivo no nace precisamente con la Constitución de 1991, pues ya en el año de 1947 la jurisprudencia administrativa hizo uso de esta teoría al decidir el caso del periódico El Siglo con fundamento en el principio de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas. Principio que en el caso de marras fue quebrantado, lo que originó la responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado (M'Causland M., 2015, p. 185). El daño especial, entonces,

Se configura cuando existe una actuación lícita del Estado que, a pesar de ser desarrollada en interés público, esto es, en beneficio de la generalidad, causa un daño grave a una persona o a un grupo de personas que rompe la igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas (M'Causland M., 2015, p. 186).

En lo que tiene que ver con el otro título de imputación del régimen objetivo de responsabilidad, o sea, el riesgo excepcional, la doctrina bajo escrutinio señala que este

Se inauguró en la jurisdicción contencioso-administrativa en Colombia con la sentencia del 2 de febrero de 1984, en la que se expresó que procede 'cuando el Estado, en desarrollo de una obra de servicio público utiliza recursos o medios

que colocan a los particulares o a sus bienes en situación de quedar expuestos a un riesgo de naturaleza excepcional, el cual, dada su gravedad, excede las cargas que normalmente deben soportar los mismos particulares como contrapartida de las ventajas que resultan de ese servicio público'. En ese pronunciamiento se precisó: 'si el riesgo llega a realizarse y ocasiona un daño, sin culpa de la víctima, hay lugar a responsabilidad de la administración, así no haya habido falta o falla del servicio' (M'Causland M., 2015, p. 187).

En resumen, para el segmento doctrinario bajo análisis, el régimen objetivo de responsabilidad del Estado, desarrollado básicamente por los títulos de imputación de daño especial y riesgo excepcional, ha tenido aplicación y vigencia en la temática de responsabilidad patrimonial del Estado antes y después de la Constitución de 1991, pese a la intencionalidad del constituyente de 1991 de ofrecer un novedoso fundamento conceptual de responsabilidad, el daño antijurídico, con lo cual sería intrascendente la utilización de los títulos de imputación al momento de resolverse casos puntuales de responsabilidad pública.

Contrario a lo expuesto en los párrafos precedentes de este escrito, hay autores que avalan en su integridad la intencionalidad del constituyente de 1991 de ver en el daño antijurídico una responsabilidad patrimonial del Estado de carácter objetivo:

Porque no se mira si el Estado obró con culpa, sino el daño que se le causó al administrado y si él debe soportarlo. Es además directa, porque se entra a examinar la responsabilidad sin imputarla a través del comportamiento del servidor público. El daño es antijurídico porque el administrado no está obligado a soportarlo en desarrollo del principio de igualdad (Parra W., 2003, p. 109).

Es palmario el autor citado al interpretar el designio del constituyente de 1991, ya que en su concepto el daño antijurídico tiene la virtud de descargar de los hombros del afectado la obligación de demostrar la culpa o el comportamiento anormal del Estado en la causación del daño.

En otras palabras, para el glosado tratadista se trata de una auténtica responsabilidad objetiva, ya que con base en la teoría del daño antijurídico el particular no tiene la obligación de soportar una afectación que no está establecida en un imperativo legal que así lo ordene. Obligarlo a ello implicaría romper el equilibrio en las cargas públicas que debe soportar el ciudadano por el hecho de vivir en sociedad.

Este pensamiento doctrinal, cuando apenas había trascurrido algo más de una década de expedida la Constitución de 1991, e interpretando fielmente la voluntad del hacedor de la norma, sostuvo la innecesaria irrelevancia de los regímenes y títulos de imputación de responsabilidad del Estado, pues si bien:

El inciso 2 del artículo 90 habla de examinar la subjetividad de la conducta del agente, para que, si esa fue dolosa o culposa gravemente, el Estado pueda repetir contra éste al ser condenado, pero cuando en el inciso primero fija la “responsabilidad patrimonial estatal”, no señala ningún criterio culpabilista.

Si de examinar algún elemento culpabilista dentro del enunciado de responsabilidad pública que trae la disposición superior se trata, éste deberá ser para los fines de repetición de la entidad pública eventualmente condenada, contra el agente vinculado a la respectiva entidad, siempre que medie dolo o culpa grave en su comportamiento nocivo.

Continúa disertando el profesor Parra Gutiérrez:

Como el daño antijurídico imputado al Estado puede ser causado por acción u omisión de una autoridad pública, necesariamente no tiene que plantearse como consecuencia del funcionamiento inadecuado de un servicio público, ya que el daño puede surgir de un quehacer correcto de la administración estatal. Si el demandante hace la imputación al Estado por un funcionamiento anormal, como que el servicio no se prestó, o se prestó tardíamente, o mal, o que se le condenó injustamente, o fue privado de la libertad y luego le dijeron que era inocente, o si la imputación del actor se refiere a que sufrió un daño a pesar de que la administración actuó adecuadamente, el juez administrativo para fallar no tiene

que entrar a hacer grandes elucubraciones, o a hacer proposiciones jurídicas con base en tesis culpabilistas o teorías del daño especial, del almacenaje, del servicio público, o de la presunción de falta, sino que debe proceder a resolver con base en que el daño fue antijurídico, y que el administrado no tiene la obligación de soportarlo, y en desarrollo del principio de igualdad, debe recibir una indemnización, y que la administración no demostró fuerza mayor, el hecho exclusivo de un tercero o culpa exclusiva de la víctima (Parra W., 2003, p.p. 109 - 110) (Las subrayas no vienen en el fragmento original).

Para el tratadista de turno la responsabilidad pública de raigambre objetiva que se puede derivar del artículo 90 constitucional, fundamentada en el daño antijurídico, puede tener origen en comportamientos tanto anormales (delictuosos, por ejemplo, o irregulares de cualquier manera) como en actuaciones ajustadas a la legalidad. Sin embargo, resulta llamativo un aparte del fragmento vertido, y es lo que guarda relación con el fenómeno de la imputación del daño antijurídico al ente estatal: según el autor, ese ejercicio por parte del juez debe limitarse a la mera constatación o causación del daño antijurídico, sin que sea menester realizar un ejercicio de atribución normativa.

En síntesis, pese a que el sentir doctrinario dominante diverge de una responsabilidad patrimonial del Estado de índole objetiva en Colombia, hay facciones de la doctrina que con respetables argumentos interpretan fielmente el designio del constituyente de 1991 de ver en el foráneo concepto el daño antijurídico, un novedoso y determinante fundamento de responsabilidad, que no solo le imprime un carácter objetivo a la misma, sino que, además, hace inaplicables por innecesarios, los tradicionales títulos de imputación de responsabilidad.

3.7 El desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado respecto de los regímenes y títulos de imputación de responsabilidad y su relación con la intención del constituyente de 1991.

A partir de la entrada en vigencia de la Carta de 1991 es posible distinguir tres categorías de sentencias dentro de la jurisprudencia administrativa, en relación con la índole de la responsabilidad patrimonial del Estado regulada en el artículo 90 constitucional. Es una clasificación generalizada de sentencias que en cierto modo exponen una forma de pensamiento en la doctrina del Consejo de Estado alrededor del siempre controversial tema de la responsabilidad patrimonial del Estado.

En este contexto se analizará la posición de la jurisprudencia respecto de la voluntad del constituyente de 1991 por erigir el daño antijurídico como el nuevo fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia a partir de 1991, lo que sugiere abordar su posición sobre los regímenes y títulos de imputación de esa responsabilidad.

Un primer tipo de sentencias proferidas por el Consejo de Estado, inclusive días antes de promulgarse de manera oficial la nueva Constitución, refleja una innegable sincronía con el sentir del constituyente de 1991 de concebir la responsabilidad del Estado bajo un carácter exclusivamente objetivo.

Bajo esta premisa, la jurisprudencia administrativa interpreta que la intencionalidad del constituyente de 1991 no se limita solo a introducir en la nueva Carta Política una consagración específica del instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia, sino la de proponer la noción del daño antijurídico como un novedoso fundamento de la responsabilidad del Estado en Colombia.

Reflexiona así la alta magistratura en un primer fallo:

...LA SOLUCION ESPAÑOLA. Resulta particularmente interesante por su carácter extraordinariamente amplio el concepto de responsabilidad administrativa

en la legislación española, el cual trasciende las tradicionales clasificaciones de otros países y que ha sido elevado a canon constitucional.

... Reestudiada la jurisprudencia vigente, y particularmente el fallo de ocho de marzo de 1984, que se cita en la sentencia, la Sala considera que la situación fáctica que se recoge en la "causa petendi" debe manejarse a la luz de la idea de 'LESION', como todo perjuicio antijurídico, que es la base o fundamento del deber de reparación. Este concepto ha sido desarrollado en la doctrina española por LEGUINA Y GARCIA DE ENTERRIA. Para el primero "... un daño es 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" (Cita de J.M. de la Cuétara. La actividad de la Administración Tecnos, pág. 554)(Consejo de Estado, sentencia del 27 de junio de 1991. Consejero Ponente: Julio César Uribe Acosta. Radicación número 6.454).

En esta parte del proveído en escrutinio, la alta magistratura evoca el fallo del 08 de marzo de 1984, para conceptuar que la situación fáctica presente puesta bajo su análisis debe decidirse con arreglo al concepto de lesión (como se denomina al daño antijurídico en España) y no bajo el análisis de ninguna otra teoría. Téngase en cuenta que el precitado fallo del 08 de marzo de 1984 constituye una de las sentencias mediante la cual se adopta en el plano jurisprudencial en Colombia a la teoría del riesgo excepcional por el ejercicio de actividades peligrosas, que en el caso concreto de la sentencia se refiere al servicio eléctrico oficial. La otra sentencia que introduce el riesgo excepcional en el ordenamiento interno, por vía de jurisprudencia, es la del 02 de febrero de 1984.

Continúa exponiendo el Consejo de Estado:

Dentro de este marco, la responsabilidad de que trata el artículo 2350 del Código Civil, se torna OBJETIVA en el derecho administrativo, pues como lo enseña el Profesor J.M. de la Cuétara, "... no se trata de ningún perjuicio causado antijurídicamente, sino de un PERJUICIO ANTIJURIDICO EN SI MISMO; por

otra parte, se desvincula de la licitud o ilicitud de la actuación de la que se deriva la lesión, con lo que se hace capaz de abarcar la totalidad de supuestos de responsabilidad posibles... La jurisprudencia, por su parte, ha acogido ampliamente los términos en que está formulada la teoría, insistiendo especialmente en la idea de que la responsabilidad surge cuando un particular no está obligado a soportar un detrimento patrimonial. A continuación se transcriben unos párrafos en los que se desarrolla con claridad meridiana la postura del Tribunal Supremo:

"Sentencia de 27 - mar. - 1980 (Sala 4a Ref. Ar. nº 2249):

"Por responsabilidad de la administración central o local - ha de entenderse aquella obligación general que a la misma incumbe, fuera del ámbito del ejercicio de sus potestades expropiatorias - que tienen una regulación especial - de resarcir a los particulares de los daños y perjuicios que no estando obligados por imperativo legal u otro vínculo jurídico a soportar sean consecuencia del que hacer administrativo de aquella.

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

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

institucional"(Consejo de Estado, sentencia del 27 de junio de 1991. Consejero Ponente: Julio César Uribe Acosta. Radicación número 6.454).

De la lectura global de la referencia jurisprudencial reseñada se deduce que el Consejo de Estado avala a cabalidad la voluntad del constituyente de 1991 de ofrecer al ordenamiento jurídico colombiano una responsabilidad del Estado netamente objetiva con fundamento en la noción del daño antijurídico.

Continúa su razonamiento el Consejo de Estado, en orden a dejar claro que a partir de 1991 las teorías francesas de responsabilidad patrimonial del Estado ceden ante las elaboraciones españolas:

Dentro del mismo universo discurre el Profesor Eduardo García de Enterría, quien sobre el particular enseña:

“2. El concepto técnico - jurídico de la lesión resarcible y sus notas características.

"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 primitiva de ver en la responsabilidad patrimonial la sanción a una conducta culpable) a la del patrimonio de la persona lesionada. La responsabilidad pasa a reposar de este modo sobre un principio abstracto de garantía de los patrimonios, dejando de ser una sanción personal por un comportamiento inadecuado para convertirse en un mecanismo objetivo de reparación, que se pone en funcionamiento sólo si, y en la medida en que, se ha producido una lesión patrimonial.

El concepto de lesión patrimonial se convierte de este modo en el basamento mismo del sistema, lo cual hace especialmente necesario caracterizarlo con toda precisión desde un punto de vista técnico - jurídico; nada perjudicaría tanto al progresivo sistema establecido en nuestro Derecho que interpretarlo como una fórmula inespecífica, que o bien pudiese justificar cualquier pretensión indemnizatoria, por absurda que fuese, o bien remitirse a valoraciones de equidad según libres estimaciones de los aplicadores del Derecho en cada caso. Nuestro

sistema positivo, por el contrario, reposa sobre un profundo rigor técnico, que sólo precisa de una explicación coherente(Consejo de Estado, sentencia del 27 de junio de 1991. Consejero Ponente: Julio César Uribe Acosta. Radicación número 6.454).

La máxima corporación de la jurisdicción contencioso- administrativa trae a la discusión, en orden a resolver el caso puntual puesto bajo su examen, la noción clave elaborada por tratadistas foráneos de la talla de García de Enterría y Jesús Leguina, cual es la lesión resarcible, noción que traspolada al ordenamiento jurídico colombiano adopta el apelativo de daño antijurídico, la cual el constituyente de 1991 encontró novedosa para erigirla como el nuevo fundamento de responsabilidad pública en reemplazo de la ya insuficiente falla del servicio, argumentación que, aunque haya sido en algunas sentencias aisladas, acogió la jurisprudencia del Consejo de Estado en la inmediata vigencia de la Carta Política de 1991.

Sigue exponiendo el Consejo de Estado en el fallo de marras:

"A estos efectos conviene comenzar por distinguir el concepto jurídico de lesión del concepto vulgar de perjuicio. En este último sentido, puramente económico o material, por perjuicio se entiende un detrimento patrimonial cualquiera. Para que exista lesión resarcible se requiere, sin embargo, que ese detrimento patrimonial sea antijurídico, no ya porque la conducta de su autor sea contraria a Derecho (antijuricidad subjetiva), sino, más simplemente, porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo (antijuricidad objetiva: vid., por ejemplo, los dictámenes del Consejo de Estado de 5 de abril de 1968 y 8 de julio de 1971, entre otros muchos). Como dice con toda corrección la S de 27 de enero de 1971 y reitera el Auto de 10 de febrero de 1972, la lesión supone un "perjuicio que no es antijurídico por la manera de producirse, sino porque el titular del bien o derecho lesionado no tiene el deber jurídico de soportarlo, auncuando el agente que lo ocasione obre dentro del marco de la licitud".

La antijuridicidad susceptible de convertir el perjuicio económico en lesión indemnizable se predica, pues, del efecto de la acción administrativa (no de la actuación del agente de la Administración causante material del daño), a partir de un principio objetivo de garantía del patrimonio de los ciudadanos que despliega su operatividad postulando la cobertura del daño causado en tanto en cuanto no existan causas de justificación que legitimen como tal perjuicio de que se trate”.

La Sala considera que la situación fáctica que se acoge en la causa petendi debe manejarse a la luz de la idea de “lesión” como todo el perjuicio antijurídico que es la base o fundamento del deber de reparar. En el caso en comento se probó un resultado dañoso que causó un perjuicio efectivo al lesionado señor XXXXX, evaluable económicamente, motivo por el cual es claro que a la luz de la ley y el derecho surge la obligación para la administración de indemnizarlo, prescindiendo en absoluto de la licitud o ilicitud del hecho que originó el daño. La tesis que se deja expuesta, encuentra también en el artículo 16 de la Constitución Nacional, al preceptuar que las autoridades están instituidas para proteger a todas las personas en su vida, honra y bienes(Consejo de Estado, sentencia del 27 de junio de 1991. Consejero Ponente: Julio César Uribe Acosta. Radicación número 6.454). (subrayas noson del texto original).

Prístino resulta, entonces, para la jurisprudencia administrativa, que la responsabilidad del Estado a partir de 1991 refleja un indudable cariz objetivo, avalandoel sentir del constituyente de 1991 de darle un nuevo fundamento teórico a esa responsabilidad, pues la falla del servicio deviene ya en insuficiente para explicar la responsabilidad patrimonial pública en el ordenamiento jurídico interno. Por demás, según se infiere de la porción subrayada a propósito, la responsabilidad objetiva que encarna la idea de daño antijurídico torna en innecesarias las elucubraciones teóricas del juez, en términos de calificación del comportamiento público causante del daño, pues en esencia lo que se debe mirar es que el afectado no tenía la obligación de soportar dicho agravio. Así lo entendió y aplicó el Consejo de Estado en los fallos inmediatamente posteriores a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991.

Otras sentencias proferidas a la inmediata entrada en vigencia de la Carta de 1991, que reafirman las tesis expuestas sobre una responsabilidad objetiva fundamentada en el daño antijurídico, y por ende marcan la prescindencia de los títulos de imputación de responsabilidad, son: Consejo de Estado, sentencia del 31 de octubre de 1991. Consejero Ponente: Julio César Uribe Acosta. Radicación número 6.515; Consejo de Estado, sentencia del 22 de noviembre de 1991. Consejero Ponente: Julio César Uribe Acosta. Radicación número 6.784.

En este último proveído el Consejo de Estado es categórico al darle relieve a ese sentir del constituyente de 1991 de proponer el daño antijurídico como el novedoso fundamento de responsabilidad objetiva en Colombia, relegando a un segundo plano, en la práctica, a los tradicionales regímenes de responsabilidad estatal. Así expone la corporación:

...Debe recordarse que a la luz de lo preceptuado en el artículo 90 de la Constitución Nacional de 1991, el Estado debe responder "... patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas".

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 que reparar. La atención del constituyente se desplazó, pues, desde el autor a 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.

No hay duda de que a partir del texto constitucional citado la responsabilidad se ha tornado en grado sumo OBJETIVA, puesto que la culpa ha dejado de ser el

fundamento único del sistema indemnizatorio, convirtiéndose simplemente en uno de los criterios jurídicos de imputación de daños a la administración. Por ello es posible, en muchos casos, que se tenga derecho a la indemnización de los daños patrimoniales ocasionados con una actuación administrativa lícita.

La filosofía que informa todo este universo jurídico se apoya en EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD, que se recoge también en el artículo primero de la Constitución Nacional cuando se afirma que Colombia es un Estado social de derecho, fundado en el respeto de la dignidad de la persona humana y en LA SOLIDARIDAD DE LAS PERSONAS QUE LA INTEGRAN(Consejo de Estado, sentencia del 22 de noviembre de 1991. Consejero Ponente: Julio César Uribe Acosta. Radicación número 6.784)(Subrayas no son del texto original).

No existe lugar para la duda de que este primer compendio enunciativo de sentencias del Consejo de Estado, así sean fallos aislados, guarda una irrefutable sincronía con la voluntad del constituyente de 1991 en relación con la naturaleza de la responsabilidad patrimonial pública estatuida en el artículo 90 superior. En un contexto tal, pierden trascendencia los títulos de imputación, especialmente la falla del servicio, ya que la calificación del comportamiento dañino cede ante el interés del afectado. Esta postura jurisprudencial paulatinamente fue cambiando, tal como se expone en el siguiente acápite.

Un segundo tipo de sentencias con respecto al contenido del artículo 90 superior, tras la inmediata entrada envigencia de la Carta Política de 1991,expone una postura mesurada en cuanto al papel de la falla del servicio.En los proveídos de este breve períodola jurisprudencia dirá que,no obstante el carácter objetivo de responsabilidad que apareja el daño antijurídico, la falla del servicio será insoslayable en ciertos eventos y a ella deberá acudir para acometer la responsabilidad estatal en casos puntuales.

Así diserta el Consejo de Estado al respecto:

- a) Que la responsabilidad del Estado, directa y objetiva, surge de una acción u omisión; b) Que esa acción u omisión debe ser imputable a una autoridad pública;
- c) Que esa acción u omisión, imputable a una autoridad, cause un daño antijurídico a una persona natural o jurídica.

...Se entiende así por qué se califica esa responsabilidad de objetiva. En principio no juega el problema de la culpa, ya que la norma constitucional desplaza el problema de la antijuridicidad de la conducta de la persona administrativa (funcionamiento irregular del servicio público) y lo radica en la antijuridicidad del daño. Daño que es antijurídico no solo cuando la administración actúa en forma irregular o culposa (forma obvia de antijuridicidad), sino también cuando esa actuación, pese a ser lícita o ajustada a la ley, lesiona a alguien que no tenía por qué soportar dicho daño.

Se dice en principio, porque pueden existir hipótesis que no permiten el manejo de la responsabilidad desde el manejo exclusivo de ese daño antijurídico. Piénsese por ejemplo en algunos casos de responsabilidad nacidos del incumplimiento de obligaciones de medio y en los cuales esa responsabilidad solo resultará comprometida cuando dentro de la infraestructura del servicio o se pusieron todos los instrumentos o elementos adecuados e idóneos para evitar la ocurrencia del perjuicio (Consejo de Estado, sentencia del 30 de julio de 1992. Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo. Radicación número 6.941).

El aparte transcrito es indicativo de un dogma jurídico- por lo menos transitorio-, dentro de la jurisprudencia administrativa de este breve período en relación con el contenido del artículo 90 superior: la categoría de daño antijurídico aún es sinónimo de responsabilidad objetiva, pero también evidencia que, cuando el Consejo de Estado incorpora en sus razonamientos vocablos como “acción” u “omisión”, “obligaciones de medio”, necesariamente alude a la categoría culpa como adjetivo calificador de un comportamiento irregular (activo u omisivo). Es decir, la falla del servicio cumple su rol todavía en la ecuación de responsabilidad estatal en Colombia.

Y cuando la sentencia además refiere que la administración podrá exonerarse alegando fuerza mayor, hecho exclusivo de la víctima o el hecho igualmente exclusivo de un tercero, conduce a concluir que estas categorías son válidas como medios de defensa ante pretensiones indemnizatorias que se sustentan bajo un régimen subjetivo de responsabilidad.

Sigue razonando el Consejo de Estado:

En esta responsabilidad, como reiteradamente lo ha dicho la Sala, la atención del Constituyente no se fijó en el autor de la conducta causante del daño, sino en 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.

La culpa ha dejado de ser el fundamento único del sistema indemnizatorio, convirtiéndose simplemente en uno de los criterios jurídicos de imputación de daños a la administración. Esta verdad jurídica explica la razón por la cual en muchos casos ella deba responder de los daños patrimoniales ocasionados no obstante haber tenido una actuación lícita.

La filosofía que informa todo este universo jurídico se apoya en el principio de solidaridad, que se recoge también en el artículo primero de la Constitución Nacional cuando se refiere a Colombia como un estado social de derecho, fundado en el respeto de la dignidad de la persona humana y en la solidaridad de las personas que la integran(Consejo de Estado, sentencia del 26 de noviembre de 1992. Consejero Ponente: Julio César Uribe Acosta. Radicación número 7.130).

Este fallo reconoce la importancia del daño antijurídico como el fundamento de una responsabilidad del Estado de cariz objetivo. Sin embargo, también deja ver que la falla del servicio, título del régimen subjetivo de responsabilidad, sigue siendo un criterio válido para explicar esa responsabilidad pública en eventos particulares.

Otras referencias jurisprudenciales que reverberan esta línea de pensamiento son: Consejo de Estado, sentencia del 13 de julio de 1993. Consejero Ponente: Juan de Dios Montes Hernández. Radicación número 8.163; Consejo de Estado, sentencia del 24 de agosto de 1992. Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo. Radicación número 6.754; Consejo de Estado, sentencia del 29 de octubre de 1992. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández. Radicación número 7.348.

La sentencia del 13 de julio de 1993, expediente 8.163 marca el punto de quiebre de una doctrina jurisprudencial que por un corto pero intenso lapso de tiempo consolidó al daño antijurídico como el exclusivo fundamento de responsabilidad patrimonial pública, tal como se expone más adelante.

Un tercer tipo de sentencias que daría lugar, así mismo, a una tercera forma de interpretación jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial del Estado erigida constitucionalmente en el artículo 90 de la Carta Política, cuestiona definitivamente el daño antijurídico como el fundamento exclusivo de una responsabilidad de carácter objetivo, derivando de ello las consecuencias lógicas en relación con el papel de los regímenes de responsabilidad y sus respectivos títulos de imputación:

Con base en las argumentaciones anteriores podemos concluir, en primer lugar, que el concepto de daño antijurídico no garantiza, *per se*, la existencia de una responsabilidad siempre objetiva del Estado, pues ni la Constitución ni la ley le dan esa connotación.

En segundo lugar, se puede concluir que la discusión siempre estará mal planteada mientras no se entienda que, al lado de responsabilidades objetivas del Estado (riesgo excepcional, trabajos públicos, daño especial), habrá otras que necesariamente, por cuestiones lógicas y prácticas, deberán fundamentarse en la falla del servicio.

Que esa falla del servicio unas veces deberá ser probada por el demandante, y en otras se presumirá pudiendo desvirtuarse, según sea la naturaleza de la presunción. Que por daño antijurídico debemos entender aquél que es contrario a la ley, o ilícito, lo que no impide que en algunas oportunidades la antijuridicidad requiera la falla del servicio, mientras que en otros casos pueda fundarse en una responsabilidad objetiva.

Así las cosas, será estéril la discusión mientras quienes defienden la teoría de la responsabilidad siempre objetiva, no muestren con claridad los límites de ese principio. Como vamos, seguiremos pregonando ese principio general, pero al mismo tiempo, echando mano de los conceptos tradicionales de falla del servicio, probada o presunta (Consejo de Estado, sentencia del 02 de marzo de 1993. Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo. Radicación número 7.429) (Subrayas no vienen en el texto original).

El fragmento jurisprudencial transcrito, en particular la parte resaltada, expone el replanteamiento conceptual del Consejo de Estado respecto de la responsabilidad estatal propuesta por el constituyente de 1991. Con ello, definitivamente expone que dicha responsabilidad es esencialmente subjetiva, devolviendo la relevancia tradicional que durante décadas ha tenido la falla del servicio en la temática.

Es de basilar importancia, además, enfatizar en el siguiente trozo jurisprudencial:

La precisión anterior reviste importancia por cuanto la demostración de una acción u omisión constitutiva de la falla del servicio imputable a una entidad oficial, determina que el asunto se maneje por las reglas del sistema de falla del servicio probada, así los hechos pueden situarse dentro de un régimen de presunción de falla (presunción juris tantum) o, incluso, dentro de una presunción de responsabilidad o de responsabilidad objetiva.

Esta observación reviste una especial importancia porque la responsabilidad patrimonial extracontractual de la administración pese a la tendencia objetivizante

que se aprecia en el art. 90 de la C.N., continúa siendo, por regla general, de naturaleza subjetiva como se verá más adelante.

Existe la tentación inicial de interpretar la mencionada disposición como consagratoria de la responsabilidad objetiva del Estado; la paulatina decantación de la jurisprudencia de la Sala conduce, sin embargo, a concluir, por una parte, que esta norma, de rango constitucional, es el tronco en el que encuentra fundamento la totalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado, trátase de la responsabilidad patrimonial contractual o de la extracontractual; y, por otra en cuanto a esta última se refiere, que son dos los elementos basilares que la comprometen: el daño antijurídico y la imputabilidad del mismo Estado.

Del daño antijurídico ha dicho la Sala en varias providencias cuyo apoyo se ha buscado en la doctrina y en la jurisprudencia españolas, que equivale a la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en obligación de soportar; de esta manera, se ha desplazado la antijuricidad de la causa del daño al daño mismo, constituyendo un elemento estructural del daño indemnizable y objetivamente comprobable. Quizás sea esta característica la que ha inclinado a pensar que ha ocurrido un tránsito, por imperio constitucional de una responsabilidad de tipo subjetivo a otro objetivo. Esa conclusión no corresponde a la realidad.

La ilicitud o antijuricidad del daño están ínsitos en el daño mismo sin referencia alguna a la licitud o ilicitud de su causa; en otros términos, el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esa doble causa corresponde, en principio a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva.

Uno y otro régimen adquieren puntos de distinción en cuanto tiene que ver con la imputación del daño, que como se dijo, es el segundo elemento indispensable para que la responsabilidad de la administración sea declarada; dicho de modo diferente, no basta con que exista un daño antijurídico sufrido por una persona; es menester, además, que dicho daño sea imputable, vale decir, atribuido jurídicamente al Estado (Consejo de Estado, sentencia del 13 de julio de 1993.

Consejero Ponente: Juan de Dios Montes Hernández. Radicación número 8.163)
(Subrayas no vienen en el texto original).

Esta sentencia del 13 de julio de 1993 merece especial comentario, porque constituye el punto de partida según el cual la alta magistratura expone, sin ambages, que la responsabilidad patrimonial del Estado es por regla general subjetiva, muy a pesar del carácter objetivizante que se le había adjudicado desde los primeros fallos posteriores a la entrada en vigencia del artículo 90 superior.

Postura que parece inamovible cuando categóricamente el Consejo de Estado, en pronunciamientos más recientes enfatiza:

En cuanto a la imputabilidad del daño a la administración, es pertinente poner de presente que en reciente pronunciamiento, la Sección Tercera del Consejo de Estado en pleno señaló que, así como la Constitución Política de 1991 no privilegió ningún régimen de responsabilidad extracontractual en particular, tampoco podía la jurisprudencia establecer un único título de imputación a aplicar a eventos que guarden ciertas semejanzas fácticas entre sí, ya que éste puede variar en consideración a las circunstancias particulares acreditadas dentro del proceso y a los parámetros o criterios jurídicos que el juez estime relevantes dentro del marco de su argumentación:

En lo que se refiere al derecho de daños, como se dijo previamente, se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar.

Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a diversos “títulos de imputación” como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional

que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación.

En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta sentencia.

Así las cosas, de conformidad con la jurisprudencia citada, no todos los casos en los que se discuta la responsabilidad del Estado por daños derivados de un supuesto de hecho que guarde semejanzas deben resolverse de la misma forma pues, se insiste, el juez puede –en cada caso concreto- válidamente considerar que existen razones tanto jurídicas como fácticas que justifican la aplicación de un título de imputación o una motivación diferente.

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha consolidado una posición en materia de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud, en virtud de la cual aquella es de naturaleza subjetiva, advirtiendo que es la falla probada del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria, de suerte que se exige acreditar la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y éste (Consejo de Estado, sentencia del 05 de marzo de 2015. Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourt. Radicación número 30.102) (Las subrayas no son del texto original).

Con lo expuesto en este tercer estadio de pensamiento jurisprudencial, el Consejo de Estado evidencia su contrariedad jurídica y conceptual con el constituyente de 1991 en relación con el daño antijurídico como sustituto de los regímenes y títulos de imputación de responsabilidad, para tener que, si bien la Constitución Política no privilegió título o régimen alguno, estos siguen teniendo aplicabilidad, en particular la falla del servicio, la cual constituye un título de imputación de responsabilidad

determinante dentro de la dinámica de responsabilidad patrimonial del Estado en el ordenamiento jurídico colombiano.

3.7.1 El Régimen subjetivo

De acuerdo al primer período de pensamiento jurisprudencial, y teniendo en cuenta el grupo de sentencias arriba esbozado, resulta palmario que una vez entra en vigencia la Carta de 1991, la jurisprudencia administrativa se manifiesta acorde con el talante objetivo de la responsabilidad patrimonial del Estado propuesto por el constituyente de 1991. En este sentido, no cabe duda que la doctrina del Consejo de Estado es afín a la intencionalidad del hacedor de la norma superior de proponer un novedoso fundamento conceptual de la responsabilidad patrimonial pública regulada en el artículo 90 superior, en reemplazo del tradicional sustrato conceptual denominado falla del servicio.

Puede sostenerse, entonces, que durante este primer período de elaboración jurisprudencial, en el que el Consejo de Estado acogió el cariz objetivo de la responsabilidad patrimonial del Estado afincada en la noción de daño antijurídico, la corporación en cierto modo obvió las tradicionales teorías de responsabilidad estatal, en especial el régimen subjetivo de responsabilidad, por ende, su título de imputación, como criterios determinantes en la definición de la casuística cotidiana de responsabilidad. La falla del servicio, entonces, cedió importante espacio ante el nuevo fundamento teórico traído del ordenamiento jurídico español, esto es, la lesión resarcible.

Sin embargo, este breve oscurantismo conceptual en relación con la falla del servicio pronto empezó a ser superado por la jurisprudencia administrativa. A pesar de que los primeros fallos del Consejo de Estado, inmediatamente posteriores a la vigencia

de la Constitución de 1991, denotaron cierto abandono de las tradicionales teorías francesas del derecho de daños, rápidamente entendió que al lado del daño antijurídico podían tener cabida los criterios subjetivos de responsabilidad estatal.

Por eso, si bien el daño antijurídico fundamentaba una responsabilidad objetiva del Estado, los títulos de imputación, especialmente la falla del servicio, también estarían llamados a cumplir un importante rol en el tratamiento de la responsabilidad del Estado, poniéndose de presente que la responsabilidad subjetiva no ha desaparecido del escenario del derecho de daños en Colombia.

De acuerdo con la doctrina expuesta en el segundo estadio de pensamiento jurisprudencial, el Consejo de Estado pone de relieve la importancia histórica del régimen subjetivo y de su falla del servicio dentro del estudio de la responsabilidad patrimonial del Estado. Se conjugó durante este período de pensamiento jurisprudencial, una especie de mixtura teórica, en el entendido de que la responsabilidad del Estado sigue ostentando un carácter objetivo, pero los criterios subjetivos de responsabilidad siguen siendo determinantes, ya que, según el Consejo de Estado, en algunas ocasiones esa responsabilidad pública deberá abordarse exclusivamente desde la falla del servicio y no desde el daño antijurídico. Es decir, aun cuando en este período la jurisprudencia acoge el carácter objetivo de la responsabilidad, habrá eventos en que no será suficiente derivarla desde la mera causación del daño antijurídico, sino que será necesario analizarla desde la falla del servicio.

Finalmente el Consejo de Estado, dentro del contexto del tercer estadio de pensamiento jurisprudencial, en lo que configura una diametral y definitiva oposición con la intencionalidad del constituyente de 1991, sostiene que la Constitución Política en su artículo 90 no privilegió ningún régimen ni título de imputación de

responsabilidad en (Consejo de Estado, sentencia del 05 de marzo de 2015. Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourt. Radicación número 30.102).

Sin embargo, en sentencia del año 2008 con mucha convicción afirmaba:

La Sala, de tiempo atrás, ha dicho que la falla del servicio ha sido en nuestro derecho y continúa siendo el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete - por principio - una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual (Consejo de Estado, sentencia del 19 de julio de 2008. Consejero Ponente: Myriam Guerrero de Escobar. Radicación número 15.263).

Acorde con lo anterior, es inocultable la ambivalencia conceptual de la jurisprudencia administrativa en cuanto al tratamiento de los regímenes de responsabilidad estatal a partir de 1991, pues mientras en unos fallos sostiene que la falla del servicio es el título de imputación por excelencia, en otros posteriores ofrece la idea de que en la cláusula de responsabilidad constitucional no se privilegia régimen o título de imputación de responsabilidad alguno.

Así las cosas, y por encima de cualquier viso de contradicción en las tesis jurisprudenciales en materia de regímenes y títulos de imputación, lo cierto es que el Consejo de Estado pretermite la voluntad del constituyente de 1991 en su intención de ofrecer un nuevo fundamento conceptual a la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia. Y ello es así porque no solo descarta la importancia conceptual del daño antijurídico dentro de la responsabilidad estatal, particularmente como indicador de una responsabilidad objetiva, sino que, además, expone su tradicional doctrina, anterior a 1991, según la cual el régimen subjetivo de responsabilidad, con su título de imputación

(la falla del servicio), constituye el criterio de imputación por excelencia a partir del cual debe principiar el estudio de responsabilidad pública en cada caso puntual.

3.7.2 El Régimen objetivo

Según los primeros fallos inmediatamente posteriores a la vigencia de la Constitución de 1991, el criterio conceptual para establecer la responsabilidad patrimonial del Estado lo ofrece el moderno concepto de daño antijurídico, noción que reemplazaría no solo a la falla del servicio (por devenir ésta en insuficiente, según el criterio del constituyente de 1991), sino también al régimen objetivo de responsabilidad con sus tradicionales títulos de imputación de daño especial y riesgo excepcional.

El devenir jurisprudencial del segundo período jurisprudencial da cuenta de una posición moderada en la doctrina del Consejo de Estado respecto del talante objetivo de la responsabilidad patrimonial del Estado fundada en el daño antijurídico. Durante este período, aun cuando se sostiene el cariz objetivo de la responsabilidad del Estado apuntalada en la noción de daño antijurídico, la jurisprudencia administrativa se resiste a dejar de lado la utilización de los títulos de imputación de responsabilidad, especialmente la falla del servicio.

Con relación al régimen objetivo, éste también recobra su importancia dentro de la dinámica de responsabilidad, pues es patente que en los fallos del período en mención la responsabilidad objetiva del Estado, además de fundamentarse en el daño antijurídico, retorna a los tradicionales criterios del daño especial y el riesgo excepcional. Así se desprende de la siguiente referencia jurisprudencial:

En esta oportunidad, como también lo ha efectuado en procesos similares, en los que se examinan hechos y perjuicios resultantes de la prestación del servicio público de energía, la Sala analiza lo sucedido bajo la óptica de la teoría del riesgo

y no de la falla del servicio. Obedece lo anterior a que realmente no aparece demostrado suficientemente en el caso que se examina cuál fue la causa jurídica del accidente y se ignora el porqué del desprendimiento del cable de conducción de energía eléctrica.

Precisamente esa inseguridad en este tipo de accidentes ha llevado a la Sala, en distintas oportunidades a la aplicación de la teoría del riesgo con miras a que la víctima sin cuya culpa ha resultado lesionada, no quede huérfana de reparación patrimonial. (Consejo de Estado, sentencia del 12 de diciembre de 1991. Consejero Ponete: Daniel Suárez Hernández. Radicación número 6.341).

Nótese que en este proveído el Consejo de Estado decide resolver el asunto particular bajo un título objetivo de responsabilidad, esto es, el riesgo excepcional, muy a pesar de estar en boga la teoría del daño antijurídico y de ir recobrando su protagonismo la falla del servicio.

Pero es a partir del tercer período jurisprudencial en el que se replantea la tesis del daño antijurídico como fundamento exclusivo y único de la responsabilidad del Estado: en esta etapa el régimen objetivo recobra su importante rol dentro de la dinámica de responsabilidad del Estado en Colombia, tal como lo deja ver el Consejo de Estado en uno de sus fallos de este trayecto jurisprudencial: “Al lado de responsabilidades objetivas del Estado (riesgo excepcional, trabajos públicos, daño especial), habrá otras que necesariamente, por cuestiones lógicas y prácticas, deberán fundamentarse en la falla del servicio”.(Consejo de Estado, sentencia del 13 de julio de 1993. Consejero Ponente: Juan de Dios Montes Hernández. Radicación número 8.163).

La providencia en cita destaca, sin duda, la importancia del régimen subjetivo de responsabilidad, pero de igual manera evidencia el valor y aporte de los títulos objetivos dentro del tema de la responsabilidad patrimonial pública. Tal postura jurisprudencial exterioriza, en definitiva y en adelante, la disonancia entre el Consejo de

Estado y el constituyente de 1991 en relación con el daño antijurídico como fundamento exclusivo de responsabilidad en Colombia.

Con lo expuesto se pone de manifiesto que para la jurisprudencia administrativa, el régimen objetivo de responsabilidad patrimonial del Estado siempre ha sido de basilar importancia dentro de la casuística de responsabilidad patrimonial del Estado. Antes de la Constitución de 1991 este régimen tuvo desarrollo jurisprudencial, siendo utilizado por el Consejo de Estado en el emblemático caso del periódico El Siglo en el año 1947. En esa ocasión se fundamentó la responsabilidad del Estado en la teoría del daño especial.

En síntesis, con el advenimiento de la nueva Carta de 1991, pero principalmente con la introducción del daño antijurídico como exclusivo fundamento de responsabilidad estatal, quiso la jurisprudencia administrativa replantear el rol de los títulos de imputación de responsabilidad del Estado. Sin embargo, de manera inmediata consideró la jurisprudencia que tal noción no tenía la vocación suficiente de permanencia como sustrato de responsabilidad objetiva, con lo cual los tradicionales fundamentos y criterios de interpretación de responsabilidad patrimonial del Estado recobrarían su importancia dentro de la dinámica de la casuística cotidiana en el ramo.

3.8 Constitucionalidad del régimen subjetivo de responsabilidad del Estado dentro del contexto del Estado Social de Derecho.

Concluido el tratamiento doctrinal y la incidencia jurisprudencial de los regímenes y títulos de imputación de responsabilidad, corresponde ahora, de acuerdo con la información tratada, acometer la constitucionalidad del régimen subjetivo de responsabilidad patrimonial del Estado.

Tal como se ha venido exponiendo, la lectura e interpretación del artículo 90 de la Carta de 1991, dentro del propósito del constituyente colombiano, no ha sido pacífica, pues hasta aquí se ha evidenciado una especie de enfrentamiento interpretativo - doctrinario y jurisprudencial-, desde dos orillas argumentativas opuestas, en torno de la naturaleza de la responsabilidad patrimonial pública estatuida en dicho canon superior.

El punto de partida de la discusión estriba en que en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, el constituyente de 1991 tuvo como referente el ordenamiento jurídico español, para estimar que las más modernas teorías y conceptos jurídicos de ese país, podían constituir, sin reparo alguno, los fundamentos de la responsabilidad estatal en Colombia. Adicional a ello, la lesión resarcible, como se le denomina en España al instituto del daño antijurídico, se erigiría como el fundamento conceptual de esa responsabilidad estatal, legándole, además, un carácter exclusivamente objetivo.

También, según el constituyente de 1991, el concepto de daño antijurídico tendría una función adicional: ser el invaluable reemplazo de falla del servicio, título de imputación que estimó insuficiente para explicar la responsabilidad del Estado que jurisprudencialmente, y por varias décadas, se venía elaborando en el ordenamiento jurídico interno.

Planteada la controversia, se constata un enfrentamiento teórico entre dos interpretaciones constitucionales antagónicas: por un lado, quienes defienden el cariz exclusivamente objetivo de la responsabilidad patrimonial del Estado normada en el artículo 90 superior. Y por el otro, quienes discrepan de tal apreciación. Descifrar el alcance y repercusiones prácticas de la controversia, torna imperativo acudir a las elaboraciones foráneas sobre interpretación jurídica, con lo cual se espera que el análisis

brinde, además, los elementos conceptuales de rigor que permitan fundamentar, al final, una posición argumentativa sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del régimen subjetivo de responsabilidad patrimonial del Estado dentro del contexto del precitado artículo 90 superior.

La interpretación jurídica es un asunto de inusitada importancia para la ciencia del derecho, ya que de un adecuado ejercicio hermenéutico, no solo de las normas, sino principalmente de los conceptos y de las instituciones jurídicas que componen y fundamentan un determinado ordenamiento jurídico, depende el éxito de los mismos -en términos de aciertos-, en lo atinente a las conductas, relaciones sociales y realidades cotidianas que, en general, pretende regular.

Para la doctrina “el texto jurídico que se interpreta no es otra cosa que el signo de un sentido”. (Carrión R., 2004, p. 84). Esta definición sugiere algunas cuestiones como “qué”, “cuál” o “quién” es la instancia, persona o referente que define ese sentido. La misma doctrina en cita se encarga de dar la respuesta:

Tiene que haber algo o alguien que dé origen a tal sentido o lo justifique. “Alguien” o “algo” que, por sí y ante sí, determine el contenido “verdadero” del texto. “Alguien” o “algo” que tenga – así sea hipotéticamente – la última (fundamental, básica) palabra en cuanto a resolver qué ideas son las expresadas mediante las palabras de la ley. Ese alguien o algo reclama, así, una condición de Autoridad para llegar a interpretar de determinada manera, pues justamente Ella es quien no autoriza a hacerlo de otras maneras (Carrión R., 2004, p.p. 84 y 85).

Ese referente que avale una adecuada hermenéutica jurídica y constitucional, por ende, y según la doctrina expuesta, es la autoridad. Pero esta acepción, al menos para los efectos del asunto que aquí concita el interés, no puede entenderse meramente

desde el punto de vista político como la persona o instancia que tiene la facultad de dar órdenes o gobernar.

El concepto de autoridad, en opinión de este estudio, representa también, al menos en términos académicos, un apelativo predicable de una persona u organismo que en campos distintos a los de la política posee conocimientos, atributos, facultades, experiencia, etc., que de alguna manera la hacen merecedora de prestigio y reconocimiento en el respectivo campo de desempeño, cuyos entendimientos, saberes, actividades y opiniones gozan de aceptación generalizada, sin que ello necesariamente conlleve un carácter vinculante.

La interpretación jurídica, en voces del profesor Riccardo Guastini, tiene las siguientes modalidades: 1. La interpretación doctrinal, que se refiere a una interpretación en abstracto y es realizada casi siempre por juristas académicos como los profesores y carece de efectos jurídicos (Guastini R., 2014, p.p. 89 y 90). 2. La interpretación judicial, que es desplegada por los funcionarios judiciales que ostentan función jurisdiccional. Es una interpretación decisoria, en concreto y, por consiguiente, genera efectos jurídicos inter partes (Guastini, 2014, p. 90). 3. Y la interpretación auténtica, la cual es llevada a cabo por el legislador, cuando mediante una ley posterior determina el significado de una ley precedente. Esta clase de interpretación es decisoria y tiene el carácter de abstracta y conlleva efectos jurídicos “erga omnes” (Guastini R., 2014, p. 90).

Correlacionado lo anterior, el decurso de este trabajo académico refleja que la discusión en torno del contenido y alcance del artículo 90 superior, ha concitado la opinión de académicos, docentes y tratadistas en general (interpretación doctrinal); de estamentos judiciales, como la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la

Corte Constitucional (interpretación judicial). Pero también del hacedor de la norma fundamental, el constituyente de 1991, quien previo a la materialización de la norma en comentario, y dentro de la exposición de motivos al interior de la Asamblea Nacional Constituyente, conceptuó sobre la aptitud del daño antijurídico como novedoso fundamento de responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia, con lo cual se estaría frente a una interpretación auténtica.

Teniendo siempre presente la discusión argumentativa entre las dos posturas interpretativas del artículo 90 constitucional, y tratando de comprender el alcance de la controversia y de sus efectos prácticos, se hace imperativo abordar el asunto desde dos teorías de la interpretación constitucional: por un lado, la teoría originalista, histórica o estática. Por el otro, la teoría no originalista, evolutiva o dinámica.

Según Riccardo Guastini, la teoría originalista “está inspirada en los valores de la estabilidad de la disciplina jurídica, de la certeza del derecho, de la previsibilidad de las decisiones jurisdiccionales. Por eso esta doctrina recomienda a los intérpretes practicar una interpretación estable, fija, diacrónicamente constante”. (Guastini R., 2010, p. 60).

Para el citado autor la teoría estática “favorece una perspectiva en general conservadora en materia de interpretación, presuponiendo que la estabilidad de la interpretación garantiza la certeza del derecho” (Guastini R., 2014, p.373).

A partir de esta teoría, entonces, el análisis tiene como punto de partida los textos mismos, sin tener en cuenta el alcance y los significados que ellos guardan. Es una teoría en la cual el intérprete no repara que los textos muchas veces son insuficientes para obtener de ellos una adecuada interpretación de la norma y de la realidad que pretenden regular. Con base en la doctrina histórica, el intérprete es

pasivo; se conforma con los textos en sí mismo considerados y no ausculta las fuentes que explican sus orígenes. No es de su interés indagar el significado y alcance que el hacedor del texto normativo le da a la misma en su intención de convertirla en derecho.

Para el glosado autor, la interpretación estable, fija, originalista

Está inspirada en el valor de la fidelidad a la constitución – que consiste en atribuirle al texto constitucional su significado “original”: según el caso, el significado que corresponde al uso de las palabras tal como era en la época de la promulgación de la constitución, o bien el que corresponde a la “intención” de los Framers, los padres fundadores (Guastini R., 2010, p.60).

O sea, la teoría originalista o histórica pone al intérprete en una especie de incapacidad intelectual para adaptar el texto a los tiempos actuales; sin la posibilidad de ver la Constitución como un texto adaptable a la realidad cambiante. La Constitución, según la teoría de marras, no es más que un texto de suprema categoría en relación con otros textos normativos o legales. La Constitución no representa más que un compendio de derechos, principio y valores inamovibles en el tiempo, cuya vocación de permanencia es indiscutible, totalmente ajeno a la dinámica de las realidades sociales, políticas, culturales y económicas. Es un texto reticente a darle cabida a contenidos diferentes.

Por su parte, la teoría dinámica, no originalista

Se inspira en el valor de la adaptación continua del derecho a las exigencias de la vida social (política, económica, etc.). Por ello esta doctrina sugiere a los intérpretes no practicar una interpretación fija, sino, por el contrario, cambiar el significado del texto a la luz de las circunstancias (Y, bien entendido, a la luz de sus sentimientos de justicia) (Guastini R., 2010, p. 61).

También sostiene Guastini que la teoría no originalista:

Anima a los intérpretes a que cambien la interpretación, aun cuando esta sea consolidada, de los textos normativos - especialmente si se trata de textos normativos que se remontan en el tiempo, como lo son a veces los textos constitucionales-, para adaptar así incesantemente el derecho a las nuevas circunstancias, a pesar de la inercia de la autoridad normativa (incluido el poder de revisión constitucional) (Guastini R., 2010, p. 107).

Contrario a lo concebido por la teoría originalista, la no originalista o dinámica prefiere un intérprete para una Constitución viva, que regule realidades cambiantes a pesar de sus largos años de consagración normativa. El intérprete bajo la égida de la teoría evolutiva conversa con el texto para escudriñar realidades, para ir más allá de los designios del hacedor de la norma, acorde a las nuevas realidades sociales, políticas y económicas. En opinión de esta disertación, la teoría evolutiva exige al intérprete auscultar nuevos entendimientos en el texto constitucional.

Finalmente, sostiene el citado autor, refiriéndose al tópico bajo análisis:

La interpretación evolutiva no es por sí misma una técnica interpretativa específica: es decir, que aquello que “evoluciona”, en efecto, no es la actividad interpretativa, sino más bien el producto de la interpretación. Aquello que cambia, dicho de otro modo, es el significado adscrito a un mismo texto normativo. A pesar de esto, se puede encontrar en la doctrina y la jurisprudencia una técnica estándar para argumentar este tipo de interpretaciones: aquella que consiste en apelar a ciertos tipos de hechos- tal como son percibidos por el intérprete a la luz de sus sentimientos de justicia-, como pueden ser un cambio en la conciencia social, el surgimiento de nuevas exigencias de la vida social (económica, política, etc.) y similares (Guastini R., 2014, p.p. 373 y 374).

En síntesis, la teoría dinámica presenta operadores jurídicos capaces de leer e interpretar realidades más allá de los meros textos, muchas veces desuetos y anacrónicos como suele pasar con los textos constitucionales.

Expuestas de manera sucinta los aspectos más relevantes de las principales doctrinas de interpretación constitucional, se conceptúa, sin ambages, que el asunto problemático de este acápite debe resolverse a la luz de la teoría no originalista, dinámica o evolutiva.

En efecto, conceptuar que la naturaleza de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia no es exclusivamente objetiva, es exponer con argumentos que el constituyente de 1991 en Colombia hizo una equivocada interpretación de la responsabilidad patrimonial del Estado en España. El grueso de la doctrina, foránea y vernácula, coincide en que el ordenamiento jurídico español no exhibe una responsabilidad estatal predominantemente objetiva.

Así pues, examinadas las diferentes argumentaciones doctrinales expuestas en el devenir de este estudio, también las jurisprudenciales, se infiere que en España la responsabilidad patrimonial pública no es exclusivamente objetiva. Más bien puede decirse que expone una naturaleza mixta, con marcada tendencia subjetivista, vaticinándose la insostenibilidad en el tiempo de la responsabilidad objetiva, particularmente por las consecuencias económicas que apareja un sistema de tal naturaleza.

Autores de la talla de Oriol Mir Puigpelat, influyente doctrinante español, crítico de la responsabilidad objetiva en España, en un interesante artículo titulado “Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial”, analiza, entre otros aspectos, la ambigua interpretación que algunas salas del Tribunal Supremo español han hecho sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por el servicio médico. En un apartado del reseñado artículo, el mencionado autor sienta su posición respecto de la responsabilidad del Estado:

Estos párrafos brillantes que suscribo (haciendo referencia a Jesús Leguina Villa), ponen de manifiesto el alto grado de consenso que se ha logrado, en España, en torno a la cuestión crucial del alcance que debe tener la responsabilidad patrimonial de la Administración. El hecho de que una autor de la talla de Leguina, que contribuyó con sus aportaciones decisivas de los años sesenta a fundamentar y consolidar el entonces todavía frágil sistema español de responsabilidad patrimonial, se sume a la ya larga lista de autores que nos hemos manifestado expresamente en contra de una responsabilidad objetiva global de la Administración española, no hace más que confirmar de que la rectificación jurisprudencial, más arriba reclamada, contaría, en la actualidad, con el apoyo mayoritario de la doctrina de nuestro país (Mir O., 2015, p.p. 504- 509).

De tal manera que si la gran mayoría de doctrinantes españoles, eximios intelectuales, se manifiestan en desacuerdo con un sistema de responsabilidad objetiva, no solo en dicho ordenamiento jurídico, sino a nivel global, se considera que fue desatinado el propósito del constituyente de 1991 de transmutar para Colombia un cuestionado modelo de responsabilidad estatal.

Atinan, en concepto de este trabajo académico, jurisprudencia y doctrina nacionales al recusar el daño antijurídico como el fundamento exclusivo y excluyente de responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia. Y no es famélico el compendio argumentativo esbozado por estas dos vertientes del derecho de daños, si se tiene en cuenta que la realidad jurídica, social y hasta política de España es distinta de la colombiana, por lo que resulta desafortunada la pretensión del hacedor de la norma, se itera, de importar un modelo de responsabilidad con amplios reparos doctrinales, incluso marcado por ambigüedades jurisprudenciales, tal como lo señala Oriol Mir.

Jurisprudencia y doctrina vernáculas han hecho una lectura del artículo 90 superior con arreglo, sin duda, a una teoría evolutiva de interpretación constitucional, pues han leído que la realidad española, en los aspectos ya mencionados, es enteramente

distinta a la colombiana. Estas dos vertientes del derecho han interpretado el canon 90 de la Constitución Política desde una orilla teórica opuesta a la del designio del constituyente de 1991, entendiendo que la Constitución de un país, más que meros preceptos normativos, contiene y regula realidades.

Bajo este entendido, jurisprudencia y doctrina han introducido en la norma superior entendimientos distintos a los que en su momento histórico plasmó el hacedor de dicha norma, sin que ello signifique vulneración del precepto constitucional, pues con plausibles argumentos han conceptuado que el artículo 90 no privilegió el sistema objetivo de responsabilidad en detrimento del régimen subjetivo.

En cuanto al análisis de constitucionalidad del régimen subjetivo de responsabilidad y de los títulos de imputación, lo primero que se debe tener en cuenta es la competencia interpretativa de la Constitución. Así, la doctrina sostiene que la Corte Constitucional colombiana ostenta la facultad no solo interpretativa de la Carta, sino que además funge “como guardiana de su integridad y supremacía, generando un avance notable en la aplicación de los métodos de interpretación constitucional, que han logrado establecer el alcance y sentido de las normas”.(Espitia D., 2017, p.5).

También tiene competencia para interpretar la Constitución, según la citada doctrina, cualquier ciudadano, así sea para la defensa de sus derechos. Institucionalmente poseen competencia para esta labor el Congreso de la República, en su tarea natural de creación de normas que estén acordes a la Carta Fundamental(Espitia D., 2017, p.p. 11 y 12).Así mismo la tienen los jueces de la jurisdicción ordinaria en el ejercicio de la función interpretativa de los derechos consagrados en la Constitución, cuyas decisiones tienen efecto inter partes(Espitia D., 2017, p. 14).

El Consejo de Estado también posee esa facultad en virtud de lo normado en el artículo 135 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el numeral 2 del artículo 237 de la Carta, cuya actividad interpretativa puede ejercer en virtud del conocimiento de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos generales del Gobierno, cuya revisión no corresponda a la Corte Constitucional(Espitia D., 2017, p.p. 13 y 14).

Pero es a la Corte Constitucional a quien, por mandato expreso superior (artículo 241), se le otorga una competencia especial que va más allá de la mera interpretación de la Constitución: procurar la salvaguarda de la integridad de la Carta, tarea que lleva a cabo a través del control difuso de constitucional, el cual se realiza mediante la acción pública de inconstitucionalidad y mediante el control abstracto de constitucionalidad, lo cual tiene lugar en ejercicio de la acción de tutela(Espitia D., 2017, p.p. 12 y 13).

En lo referente a la competencia interpretativa de la Corte Constitucional, particularmente en lo que tiene que ver con el control de constitucionalidad, la doctrina afirma que este puede realizarlo la corporación por vía de acción o por vía de excepción y puede ser previo o posterior(Nieto J., 2015, p.p. 4 y 5).

La doctrina también asevera que la Corte Constitucional colombiana, en relación con el tópico, acude a dos técnicas de interpretación para llevar a cabo su labor: el principio de proporcionalidad y el test de igualdad(Insignares-Cera S., y Molinares, 2012, p.p. 98-101).

En cuanto al principio o juicio de proporcionalidad, este

Se aplica en el momento en que se necesite resolver un conflicto que se presente entre la aplicación de un derecho fundamental, principios constitucionales u otros bienes jurídicos entre sí con el fin de buscar la solución más adecuada frente a una

determinada situación. Puede afirmarse que este principio cumple una función interpretativa y de alcance del contenido de un derecho fundamental, lo cual permite garantizar la supremacía de las normas relativas a derechos fundamentales frente a cualquier tipo de acto o providencia; así las cosas, el fin último es buscar la armonía entre sí de los derechos, principios y bienes constitucionales(Insignares-Cera S., y Molinares, 2012, p.p. 99).

En relación con el test de igualdad, la Corte Constitucional hace referencia a él en sentencia C-015 de 2014, en los siguientes términos:

El test de igualdad, que se aplica en el juicio integrado de igualdad, en su metodología busca analizar tres objetos: (i) el fin buscado por la medida, (ii) el medio empleado y (iii) la relación entre el medio y el fin. Según su grado de intensidad, este test puede tener tres grados: estricto, intermedio y leve(Espitia D., 2017, p.21).

Como principios de interpretación constitucional también se cuentan: el de la unidad de la Constitución, según el cual las normas fundamentales no deben ser interpretadas de manera aislada, sino como un todo; principio de la concordancia práctica, que hace alusión a la correlación o concomitancia que debe existir entre las distintas normas constitucionales, sin que haya lugar a contradicciones entre ellas; principio de la eficacia integradora de la Constitución, mediante el cual se persigue la mayor eficacia posible de las normas constitucionales; principio de la corrección funcional, en virtud del cual la interpretación que se haga de la Constitución no debe interferir con las funciones de cada órgano del Estado; principio de la fuerza normativa de la Constitución, indicador de que todo el ordenamiento jurídico debe interpretarse acorde a la Constitución; y principio *in dubio pro libertate*, el cual hace alusión a que cualquier duda debe ser resuelta a favor del derecho fundamental de la libertad humana(Espitia D., 2017, p.p. 9-11).

La labor interpretativa de la Carta, entonces, según la doctrina que se expone, debe hacerse acorde a unos principios y métodos establecidos, con el fin de que no se pierda su carácter de norma fundamental ni se contraría lo previsto en ella por el constituyente, siendo los métodos de interpretación constitucional más usados el literal, el histórico, el teleológico y el sistemático (Espitia D., 2017, p.p. 5 y 6).

En esta misma línea, la doctrina presenta una particular metodología utilizada por el órgano de cierre de la justicia constitucional en su actividad interpretativa: la identificación del sujeto que expide la norma, esto es, el legislador, bien sea el ordinario (Congreso) o el extraordinario (Presidente); el acto normativo que se somete a revisión o demanda; y la identificación de la norma fundamental respecto de la cual se juzga el contenido normativo cuestionado o sometido a interpretación o revisión (Pulido F., 2008, p. 129).

Destaca la citada doctrina que el análisis de constitucionalidad, como tarea interpretativa llevada a cabo por la Corte Constitucional, incluye varios elementos, a saber:

- Unos hechos relevantes, los cuales son de mayor trascendencia en tratándose de sentencias de tutela y no tanto de sentencias de constitucionalidad, salvo que en estas se trate de violaciones a las formas y a los procedimientos (Pulido F., 2008, p. 130).

- Un problema jurídico, el cual se refiere al asunto real y específico que decide el juez (Pulido F., 2008, p. 130).

Para el citado autor los problemas jurídicos en las sentencias de constitucionalidad o sentencias tipo C,

Deben ser formulados entérminos de indagación de reglas, vale decir, preguntándonos por el carácter deóntico de la regla, o sea, por lo que está

prohibido, permitido, facultado u obligado según el caso. De esta manera los elementos de los problemas deben ser formulados de manera que se indague si el legislador (l), al establecer la norma (n), viola la norma constitucional (nc). De esta manera los elementos del problema jurídico constitucional son: 1. Identificación del legislador, en el sentido de si puede ser formulado como un problema de legislador genérico o debe ser especificado en el ordinario (Congreso) o extraordinario (Presidente). 2. Enunciado normativo legal o actuación en el proceso de elaboración de los mismos demandados. 3. Identificación de la norma constitucional a la luz de la cual se realiza el juicio de constitucionalidad (Pulido F., 2008, p.p. 130).

- Unas reglas a tener en cuenta, que en el caso de la actividad de control de constitucionalidad “deberá ser: el legislador (L), al establecer la norma (n), viola o no viola (según el resultado) la norma constitucional (nc)”. (Pulido F., 2008, p. 131).

- Finalmente, en el juicio de constitucionalidad deben tenerse en cuenta las razones de la regla, las cuales

Están constituidas por los argumentos elaborados en la parte considerativa de la Corte que muestran el “por qué” de la regla. Las razones de la decisión deben ser todas aquellas que justifican la respuesta al problema planteado. En todo caso, para evitar excesivas generalizaciones se deben evitar teorizaciones, definiciones y explicaciones, pues las razones deben estar en función de la operatividad de la regla más que en su definición conceptual de los elementos de la misma. En definitiva, en esta parte, para el caso de las sentencias de constitucionalidad, se deben precisar las razones por las cuales el legislador (1) puede o no puede proferir la norma (n), sin violar la norma constitucional (nc) (Pulido F., 2008, p. 132).

Ahora, el control de constitucionalidad, cuya facultad preferente y concentrada radica en la Corte Constitucional, como se ha expuesto hasta aquí, es un mecanismo que aplica sobre actos que formal y materialmente revisten el carácter de leyes, por lo que resulta obligado indagar si este control se puede realizar respecto de las reglas y

criterios interpretativos del Consejo de Estado alrededor del tema contenido del artículo 90 constitucional, específicamente en relación con el asunto problemático de este trabajo académico, cual es la constitucionalidad o inconstitucionalidad del régimen subjetivo de responsabilidad del Estado y de los títulos de imputación.

Para resolver la cuestión, se trae lo conceptuado por la Corte Constitucional a raíz del estudio de constitucionalidad del artículo 84 del Decreto 01 de 1984 o Código Contencioso Administrativo:

No obstante, también este alto Tribunal ha admitido que por vía de la acción pública de inexequibilidad se puedan resolver los conflictos atinentes a la interpretación de las normas jurídicas, cuando aquellos “está[n] involucrando un problema de interpretación constitucional” y el mismo se origina directamente en el texto o contenido de la disposición impugnada. El hecho de que a un enunciado normativo se le atribuyan distintos contenidos o significados, consecuencia de la existencia de un presunto margen de indeterminación semántica, conlleva a que la escogencia práctica entre sus diversas lecturas trascienda el ámbito de lo estrictamente legal y adquiera relevancia constitucional, en cuanto que sus alternativas de aplicación pueden resultar irrazonables y desconocer los mandatos superiores.

...Ciertamente, conforme al criterio hermenéutico fijado por la jurisprudencia de la Corporación, si una preceptiva legal puede ser interpretada en más de un sentido por parte de las autoridades judiciales que tienen a su cargo la aplicación de la ley, y alguna de ellas entra en aparente contradicción con los valores, principios, derechos y garantías que contiene y promueve la Constitución Política, corresponde a la Corte adelantar el respectivo análisis de constitucionalidad con el fin de establecer cuál es la regla normativa que, consultando el espíritu del precepto, en realidad se ajusta o se adecua a la Carta Política (Corte Constitucional, sentencia del 29 de mayo de 2002. M. P. Rodrigo Escobar Gil. Expediente D-3798, sentencia C- 426).

Con base en el referido extracto jurisprudencial se responde, sin ambages, que el control de constitucionalidad puede realizarse también sobre las reglas y criterios definidos y expuestos por el Consejo de Estado respecto de su facultad interpretativa constitucional, que para el caso bajo estudio está referido al polémico tema de la responsabilidad patrimonial del Estado (artículo 90 C. N.).

El análisis de constitucionalidad del régimen subjetivo de responsabilidad del Estado, objetivo final de esta disertación académica, se hará teniendo en cuenta varios aspectos: la responsabilidad del Estado dentro del marco del Estado Social de Derecho; la intencionalidad del constituyente de 1991; la responsabilidad patrimonial pública como garantía ciudadana; el asunto probatorio dentro de la casuística de responsabilidad; y el aspecto financiero que conllevaría la asunción de un régimen de responsabilidad del Estado de corte objetivo.

1. Estado Social de Derecho y Responsabilidad del Estado. Dispone el artículo 1º de la Constitución Nacional:

Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, 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.

A su turno, reza el artículo 90 del mismo estatuto superior:

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.

Artículo transitorio 26. Exclusión de la acción de repetición y llamamiento en garantía para miembros de la Fuerza Pública. En el caso de miembros de la Fuerza Pública que hayan cometido conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado interno, no procederá la acción de repetición y el llamamiento en garantía establecidos en el artículo 90 de la Constitución Política. En todo caso, deberán contribuir al esclarecimiento de la verdad, a la reparación no monetaria de las víctimas y garantizar la no repetición (Acto Legislativo N° 01 del 04 de abril de 2017).

Una sencilla hermenéutica del texto plasmado debe señalar que la república colombiana en la Carta de Política de 1991 expone a favor del individuo un nuevo estatus político, siendo consecuencia lógica mirar al ciudadano o asociado en su realidad particular y concreta, definirlo como persona, hecho impensable bajo la dinámica de un mero Estado de Derecho, arquetipo estatal en el que la actividad del ente público está sometida a un sistema normativo denominado ordenamiento jurídico(Ruíz W., 2015, p.3).

Con el nuevo prototipo de Estado (Art. 1° C. N.), que no excluye ni se opone al papel de la legalidad en relación con el poder político, se plantea la posibilidad de concebir un ente público obligado a cumplir sus fines con arreglo a unos claros y categóricos contenidos sociales y de bienestar, acorde a concepto de la doctrina:

Colombia es un Estado de Derecho, y ello no es incompatible con la afirmación de ser un Estado Social de Derecho. La importante transformación introducida con la Constitución de 1991, que termina el proceso iniciado con la reforma constitucional de 1936, hacia el componente social, no determinó el abandono de los elementos que permiten afirmar que un Estado es de Derecho, pero lo complementó, lo moduló, lo dirigió hacia los fines sociales(Ospina A., 2015, p. 13).

La jurisprudencia constitucional conceptúa que

El Estado social de derecho se erige sobre los valores tradicionales de la libertad, la igualdad y la seguridad, pero su propósito principal es procurar las condiciones materiales generales para lograr su efectividad y la adecuada integración social. A la luz de esta finalidad, no puede reducirse el Estado Social de Derecho a mera instancia prodigadora de bienes y servicios materiales. Por esta vía, el excesivo asistencialismo, corre el riesgo de anular la libertad y el sano y necesario desarrollo personal.(Corte Constitucional, sentencia del 30 de noviembre de 1995. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Radicación número C-566).

En este orden de ideas, este arquetipo de Estado, además de conllevar el bienestar social de los individuos, debe propiciar la salvaguarda de todos sus derechos, especialmente la dignidad humana. (Corte Constitucional, sentencia del 17 de octubre de 2002. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett. Radicación número T-881).

Este modelo de Estado, acogido en España en 1978, en Italia en 1948 y en Alemania en 1949(Ruíz W., 2015, p. 14), debe conllevar en el contexto patrio superar las consagraciones meramente formales de los derechos y las garantías ciudadanas, para detenerse en las situaciones de real protección, en donde tales derechos y prerrogativas ciudadanas adquieran contenido material y concreto(Vila C., 2012, p. 418).

La jurisprudencia administrativa también se ha pronunciado sobre el alcance y significado de la acepción dentro del contexto de la responsabilidad patrimonial del Estado. En reciente pronunciamiento, refiriéndose al polémico concepto de daño antijurídico como elemento importante dentro de la responsabilidad estatal, manifestó:

Debe quedar claro que es un concepto (el daño antijurídico) que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”. Dicho daño tiene como características que sea

cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal y que se trate de una situación jurídicamente protegida.

... Se trata de un daño que la víctima xxxx no estaba llamada a soportar como una carga ordinaria, ni siquiera extraordinaria, en atención al respeto de su dignidad humana y de sus derechos constitucionales y convencionales a la vida y a la integridad personal, que es incuestionable en un Estado Social de Derecho, desde una perspectiva no sólo formal, sino también material de la antijuridicidad.(Consejo de Estado. Sentencia de 2017. Consejero Ponente:Jaime Orlando Santofimio Gamboa).

La concepción de un Estado Social de Derecho, tal como se promulga en la Carta Política de 1991, debe traducirse en un importante logro histórico, político y social, como resultado del esfuerzo de las sociedades por instaurar un sistema político con soporte en principios democráticos y de exaltación de los derechos fundamentales de los asociados(Rampf D., y Chavarro, 2014, p. 14).

En definitiva, la novedosa forma de Estado que se adopta en la Constitución Política de 1991, plantea en adelante un reto para las autoridades estatales de convertir en realidad la interacción entre Estado y sociedad, entre Estado e individuo, poniendo de presente no solo el valioso papel del ordenamiento jurídico como una limitante del poder estatal, sino el del hombre mismo, del individuo en sociedad, quien está llamado a jugar roles definitivos en la formación, consolidación y permanencia de una sociedad justa e incluyente.

En lo concerniente a la responsabilidad patrimonial pública en Colombia, además de adquirir dicha institución una consagración específica en el ordenamiento jurídico superior (Art. 90), ese estatus normativo ha de implicar por fin, y después de muchas décadas de interpretación y elaboración por parte de los jueces, que se está frente a una institución clave y determinante en el derecho administrativo de daños,

garante de la dignidad humana y demás derechos intrínsecos de la persona. Siendo la responsabilidad patrimonial pública un componente fundamental del Estado de Derecho (Ospina A., 2015, p. 14), ésta debe comportar, ante todo, una efectiva garantía de protección de la persona frente al profuso poder estatal.

2. La intencionalidad del constituyente de 1991. Más que darle consagración expresa al instituto de la responsabilidad del Estado en Colombia, la intencionalidad del hacedor de la norma fundamental fue la de darle un nuevo fundamento conceptual a esa responsabilidad pública, proponiendo como tal la abstracción española denominada lesión resarcible, denominada en el contexto patrio daño antijurídico. Esta noción, según la exposición de motivos liderada en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente por Juan Carlos Esguerra Portocarrero, será en adelante el fundamento exclusivo de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia, con talante objetivo, por demás.

El carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial pública significa que el estudio de esa responsabilidad en un caso puntual se hará con prescindencia del análisis del elemento culpa. O sea, la conducta o comportamiento lesivo del ente estatal se tornará en adelante irrelevante con miras a establecer su responsabilidad. Grosso modo, bastará constatar la ocurrencia de un daño antijurídico atribuible causalmente al Estado para establecer la obligación indemnizatoria en cabeza del ente público. Es decir, es suficiente la sola constatación de un nexo causal entre el daño ocasionado al particular y la acción desplegada por la autoridad estatal, sin que sea necesario realizar el ejercicio de imputación jurídica, aquel que se realiza a través de los distintos títulos de imputación de responsabilidad.

La intencionalidad del constituyente de 1991 de ofrecer en el artículo 90 de la Constitución Política un régimen de responsabilidad patrimonial del Estado con catadura objetiva, afincada en la idea de daño antijurídico, haría prescindible los regímenes tradicionales de responsabilidad, particularmente el subjetivo, el cual es desarrollado por la falla del servicio. Una responsabilidad así entendida, entonces, se derivaría solo con arreglo en el daño que el particular no estaría en la obligación normativa de padecer, sin mayores elucubraciones que impliquen acudir a los esquemas teóricos preconcebidos por el derecho francés de daños, como lo son la falla del servicio, el daño especial y el riesgo creado.

Cabe recordar que una responsabilidad pública de esta naturaleza fue acogida por la jurisprudencia administrativa en los fallos inmediatos a la puesta en vigor de aquél concepto (Consejo de Estado, sentencia del 27 de junio de 1991. Consejero Ponente: Julio César Uribe. Radicación número 6.454). Sin embargo, según lo advierte el profesor Esguerra, la jurisprudencia administrativa

Poco más adelante recogió velas y pasó a afirmar que no es del todo exacto que luego de la expedición de la Carta de 1991 la responsabilidad estatal se volvió objetiva y que en ningún momento se pueda probar la conducta irregular de la administración que produjo el daño (Esguerra J., 2008, p. 894).

Comprensible la posición jurisprudencial de los primeros fallos tratándose de un lapsus en la interpretación, tal vez apresurada, del daño antijurídico, sin detenerse la jurisprudencia en el análisis sobre el alcance del término en el ordenamiento jurídico de origen, en donde por demás, y según se anotó páginas atrás de este estudio, la doctrina estima que la responsabilidad patrimonial del Estado en España no es exclusivamente objetiva.

3. La responsabilidad patrimonial del Estado como garantía ciudadana. A partir de 1991 se consagra, de manera expresa y en norma superior, la responsabilidad patrimonial pública. Según la doctrina, ello es un logro del Estado Social de Derecho. A su vez, es una garantía de protección de los derechos subjetivos y colectivos de los ciudadanos, y particularmente de las víctimas (Brewer-Carías A., y Santofimio, 2013, p.137).

Pero la responsabilidad del Estado como garantía de las víctimas no solo tiene consagración superior en el ordenamiento interno, sino especial mención en el derecho internacional, a través del derecho convencional, en situaciones específicas en las que se analiza la responsabilidad del Estado cuando involucra afectaciones a los derechos individuales y colectivos dentro de la dinámica del conflicto armado interno, escenario en el que las víctimas, integrantes de la sociedad civil y ajenas a la confrontación armada, gozan de especial protección.

La jurisprudencia administrativa reciente hace alusión al derecho convencional y al control de convencionalidad en un caso puntual en el que se declara la responsabilidad del Estado por violación de derechos humanos dentro del marco del conflicto interno:

La responsabilidad atribuida a las entidades demandadas se concretó por falla en el servicio en virtud de la omisión e inactividad de la entidad demandada en el cumplimiento de los deberes positivos de protección de la dignidad humana, vida e integridad personal de la víctima (...) cuyas primeras manifestaciones se concretan en la garantía de protección y seguridad de las mismas como miembros de la población civil, especialmente por parte del Ejército Nacional, al haberse producido su muerte de carácter ilegal. (...) [Dicha] falla en el servicio [se concretó] porque los miembros del Ejército Nacional que desarrollaron el operativo militar (...) desplegaron una acción deliberada, arbitraria,

desproporcionada y violatoria de todos los estándares de protección mínima aplicable tanto a miembros de los grupos armados insurgentes que presuntamente como a miembros del Ejército Nacional, que configuradas como “falsas e ilegales acciones so pretexto del cumplimiento de los mandatos constitucionales”, distorsionan, deforman y pueden llegar a quebrar el orden convencional constitucional y democrático, poniendo en cuestión toda la legitimidad democrática de la que están investidas las fuerzas militares en nuestro país.(Consejo de Estado, sentencia del 09 de junio de 2017. Consejero Ponente: Orlando Santofimio Gamboa. Radicación número 53.704) (Subrayas no son del texto original).

De tal manera que la aplicación preferente de normas internacionales que propenden por la protección de las víctimas en situación de vulneración específica, como es el conflicto armado interno, exige la materialización y aplicación de un control de convencionalidad por parte de las autoridades internas el cual, en voces de la doctrina,

Configura un claro e indispensable instrumento tendiente a darle eficacia al régimen sustancial de la convencionalidad, cumplir de manera integral con lo pactado, imprimiendo completa y material satisfacción, absolutamente a todos los postulados, principios, estándares, precedente y normatividad que la convencionalidad comprende(Santofimio J., 2017, p. 447).

Es decir, según el derecho convencional y, en consecuencia, a través de la figura del control de convencionalidad, las autoridades y estamentos gubernamentales de cada Estado miembro tienen la obligación de adoptar las medidas y mecanismos de rigor con miras a hacer efectiva la aplicación del derecho convencional contenido en los acuerdos y tratados internacionales suscritos por el respectivo Estado, a fin de hacer efectiva la protección de las víctimas que en situaciones especiales han sido afectadas por el Estado en sus derechos subjetivos y colectivos, y por cuyo daño exigen reparación.

Para otras destacables opiniones doctrinales, la responsabilidad del Estado normada positivamente adquiere otras modalidades:

Se suele justificar, en principio, como expresión de la garantía constitucional de la propiedad privada consagrada en el artículo 58 de la Constitución Política. Pero al mismo tiempo, es una consecuencia lógica de la formulación de los fines del Estado (art. 2º, C. P.) y de los principios que presiden el desarrollo de la función administrativa (art. 209 C.P.) y se deduce, además, de los deberes que la Carta le impone a los servidores públicos (art. 6º C. P.). Finalmente, actúa como indicador de los niveles o estándares de eficiencia del aparato administrativo con miras a la formulación de políticas públicas (Saavedra R., 2008, p. 141).

Quiere decir lo anterior que la persona debe contar con toda la protección ante posibles eventos nocivos que provengan de la actividad estatal. Se convierte así la responsabilidad pública -expresión del Estado de Derecho-, en un imperativo deber para las autoridades del Estado de brindar protección y seguridad al ciudadano frente al profuso poder estatal.

Otra apreciación doctrinal expone que la responsabilidad del Estado cobra vigencia a partir de nacimiento del moderno Estado de derecho y a la jurisprudencia francesa (Pinzón C., 2017, p. 29). Para este pensamiento doctrinal, la constitucionalización de la responsabilidad del Estado en la Carta de 1991 debe suponer, además de la protección de los derechos del ciudadano y su reparación ante eventuales daños, el compromiso de no repetirse los actos lesivos de vulneración:

Con la persona como centro del sistema jurídico, tal y como enarbola la Carta Política, la responsabilidad extracontractual está obligada a contener una apreciación que va más allá del contenido material y de la simple simbología de una compensación que no llena las expectativas reales de la víctima, que justamente no es solo la receptora de una indemnización económica, sino que, además, merece ser reconocida como la destinataria de una justicia que

contemple los postulados de reparación, verdad, justicia y garantía de no repetición (Pinzón C., 2017, p. 24).

En esta línea, sostiene un reiterado estamento de la doctrina:

Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada (Santofimio J., 2017, p.p. 528 y 529).

Las antedichas opiniones doctrinales coinciden en que es imperativo destacar y promover el rol preventivo de la responsabilidad patrimonial pública de la Carta Política de 1991, pues más allá de lograrse una indemnización de perjuicios ante los daños irrogados por el Estado, los esfuerzos derivados de la constitucionalización del instituto de la responsabilidad estatal deben apuntar hacia la materialización de efectivas políticas públicas de prevención del daño, traducidas a su vez y a favor de las víctimas, en una verdadera garantía de no repetición de los hechos lesivos.

Una fiel expresión de la intencionalidad del constituyente de 1991 en relación con la constitucionalización de la responsabilidad estatal como manifestación de garantía ciudadana, afirma:

La voluntad del constituyente de 1991 es inequívoca frente al derecho de la responsabilidad extracontractual de Estado, lo cual tiene una incidencia directa en el margen de intervención autorizado para el legislador en ese campo. La constitucionalización sustancial de esta obra pretoriana y el amplísimo y garantista modelo constitucional de responsabilidad extracontractual adoptado, marcan estrechos límites de intervención para el hacedor de las leyes en Colombia (Peláez J., 2015, p. 788).

Sigue sosteniendo este segmento doctrinario:

El derecho de la responsabilidad extracontractual del Estado, por voluntad del constituyente, es un mecanismo de protección de derechos y del orden jurídico que, a su turno, forma parte del sistema constitucional de mecanismos de protección de derechos y del orden jurídico. Es decir, el derecho de la responsabilidad extracontractual del Estado debe leerse no solo como un modelo constitucional de responsabilidad, sino también como un mecanismo de protección de derechos y del orden jurídico, lo cual le impone límites a la intervención del legislador en la materia(Peláez J., 2015, p. 806).

Para este pensamiento doctrinal, la cláusula general de responsabilidad del Estado debe constituir una verdadera garantía a favor del ciudadano no sólo ante el exuberante poder público en general, sino especialmente ante el nada despreciable poder del legislador, para quien deben marcarse unos límites o márgenes de regulación de un tema que es diáfano en su consagración constitucional, como lo es la responsabilidad del Estado, cuyas motivaciones en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente fueron concluyentes en la imperiosa necesidad que había de constitucionalizar el tópico.

A manera de reparo a lo expuesto en el párrafo anterior, se considera en este estudio que el papel del legislador en materia de responsabilidades necesario y urgente. En el plano legal, el artículo 90 superior está en mora de un serio y decisivo desarrollo legal (desde luego dentro de los límites de regulación planteados por el citado autor), que aclare y defina los alcances del tipo de responsabilidad consagrado constitucionalmente, en especial el significado y alcance de su concepto básico: el daño antijurídico.

4. La carga de la prueba. Se aborda, lacónicamente, el tratamiento de la carga de la prueba en cada uno de los regímenes de responsabilidad del derecho de daños.

- Régimen subjetivo. Desarrollado por el tradicional título de imputación de la falla del servicio. Sostiene la doctrina que

La carga probatoria de los elementos de la responsabilidad, daño antijurídico e imputación (Causal y jurídica), con independencia del régimen de responsabilidad (objetiva o subjetiva), se ha tratado por tradición bajo a regla general de *actor incumbit probatio, reux excipiendo fit actor* (“Al demandante le corresponde la prueba de los hechos que alega; al demandado, de las excepciones que presenta”), y ello no ha planteado mayores cuestionamientos o problemas. No obstante, la carga probatoria de la falla del servicio, exigencia exclusiva del régimen de responsabilidad subjetiva del Estado, no ha sido tema pacífico y decantado(Bejarano R., 2015, p.p. 238 y 239).

Abordar el estudio de un caso puntual de responsabilidad pública al amparo de la teoría de la falla del servicio exige, además del reproche de la conducta estatal, probar el nexo causal entre el hecho dañoso y ese comportamiento irregular de la administración(M´Causland M., 2015, p. 189). O sea, dentro de este régimen deben probarse todos los extremos de la ecuación de responsabilidad. En relación con el comportamiento irregular de la entidad pública, se predica tal situación cuando el servicio no se prestó, o cuando habiéndose prestado se hizo tardíamente o en forma defectuosa.

En lo atinente al nexo causal, más que constatar la causación fenoménica del hecho dañino, es posición jurisprudencial que se trata en realidad de uno de los elementos de la responsabilidad normada en el artículo 90 superior, la imputación, ejercicio que permite atribuir jurídicamente un daño a un sujeto determinado(Consejo de Estado, sentencia del 16 de septiembre de 1999. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Radicación número 10.922).Por lo tanto, esta atribuibilidad del daño abarca no sólo el hecho físico constatable por los sentidos,sino, además, la valoración normativa,

lo cual se hace de acuerdo a las diferentes teorías o criterios elaborados por la jurisprudencia y la doctrina, denominados títulos de imputación. Para el régimen en comento, dicho criterio de imputación es la falla del servicio.

- Régimen objetivo. Bajo este régimen, la responsabilidad “se caracteriza porque no se encuentra dentro de ella ningún comportamiento irregular de la administración, no hay ninguna falla, el ente estatal normalmente cumple sus funciones de acuerdo con la ley”.(Arévalo H., 2011, p. 57).

Tradicionalmente, y desde mucho antes de entrar en vigencia la Constitución de 1991, el tratamiento de la responsabilidad administrativa, bajo el régimen objetivo, se ha hecho con base en los títulos de daño especial y riesgo excepcional. Bajo este régimen de responsabilidad, basta demostrar el hecho dañoso y la relación de causalidad (La imputación jurídica) entre uno y otro. No se requiere demostrar el comportamiento irregular de la administración.

Conclusión preliminar es que ambos regímenes de responsabilidad del Estado, junto con sus tres teorías o títulos de imputación, exigen la demostración del daño padecido y la relación de causalidad entre ese daño y la conducta estatal(M´Causland M., 2015, p. 189). Pero el régimen subjetivo exige, además, demostrar el comportamiento irregular del ente público.

5. Aspecto presupuestal de la responsabilidad del Estado. Desde los mismos debates en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 afloró el interés por las repercusiones económicas y financieras que sobre la hacienda pública podría generar la adopción de un sistema objetivo de responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia. Sin embargo, el más representativo delegatario de esa corporación en materia de responsabilidad del Estado le salía al paso a esas preocupaciones:

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

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

No es, pues, cualquier tipo de daño, sino sólo los que pueden calificarse de antijurídicos, tanto porque conlleven un mal o un menoscabo personal o patrimonial para quien los padece, como porque adicionalmente quebrantan el orden jurídico, dado que implican una contravención del principio de igualdad frente a las cargas públicas (Esguerra J., 2008, p. 892).

Realizaba su apología el delegatario Esguerra Portocarrero al proyecto de responsabilidad objetiva del Estado del constituyente de 1991 con la convicción insalvable de que en esa latitud la responsabilidad patrimonial de la Administración ostentaba un cariz exclusivamente objetivo, y de paso obviando el eventual impacto negativo que, en las finanzas públicas, podría acarrear un sistema de responsabilidad estatal de esas características.

Ignoraba, en consecuencia, el delegatario Esguerra Portocarrero que décadas atrás en el país cuyo ordenamiento jurídico inspiró al constituyente de 1991, venía surgiendo la preocupación por el impacto nocivo de la responsabilidad estatal objetiva en las finanzas del Estado, según lo documenta la doctrina:

La responsabilidad objetiva global es insostenible económicamente. Según Mir (Oriol Mir Puigpelat), el sistema “es –potencialmente- inasumible económicamente. En otras palabras: es demasiado caro”. Frente a la defensa de autores como Muñoz Machado, García de Enterría o Leguina Villa, quienes –con toda razón-, sostienen que por más de cincuenta años ha existido en España responsabilidad objetiva y global sin que el fisco haya colapsado, lo cual no obsta para que se hayan producido excesos en la jurisprudencia, Mir contraataca diciendo que el sistema, de hecho, ha sido barato, pero “porque la jurisprudencia, sencillamente, no lo ha aplicado” (Arias T., 2014, p. 14).

Es categórica la doctrina española al controvertir un sistema de responsabilidad patrimonial pública de índole objetiva, ante todo porque en términos financieros es inasumible debido a su onerosidad. Si bien el sistema se ha sostenido por más de cincuenta años de vigencia, es porque en la práctica la jurisprudencia del país ha sido celosa en su aplicación. Desde este punto de vista del asunto, se corrobora el desatino del constituyente colombiano al transmutar un sistema de responsabilidad cuestionado en su propio sitio de producción.

Descendiendo al plano nacional, tal como se ha expuesto en el decurso de este trabajo, doctrina y jurisprudencia replantearon el tipo de responsabilidad sugerido por el constituyente, dándole prevalencia al régimen de naturaleza subjetiva. En este sentido, y contrario a lo aseverado por el profesor Esguerra, se conceptúa en esta disertación que en realidad adoptar un régimen exclusivamente objetivo de responsabilidad patrimonial del Estado equivale a estar frente a un esquema de responsabilidad generoso, que convertiría al Estado en un verdadero repartidor de indemnizaciones en razón de las numerosas condenas patrimoniales que sobre él pesarían.

3.9 Posición y argumentos sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del régimen subjetivo de responsabilidad del Estado.

Premisa: las reglas y criterios desarrollados por el Consejo de Estado relacionadas con la interpretación de textos, normas y preceptos constitucionales, caso particular del artículo 90 de la Carta, pueden ser objeto de control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, según se desprende de lo establecido en la sentencia C- 426 de 2002 de esa corporación.

En este trabajo se asume una postura conceptual según el cual el régimen subjetivo de responsabilidad, dentro del tratamiento jurisprudencial del Consejo de Estado posterior a la Carta Política de 1991 y acorde con las posturas doctrinales examinadas, es constitucional. La posición adoptada se cimienta, valga recalcar, desde el análisis y ponderación de las cinco variables arriba analizadas: la noción Estado Social de Derecho; la intencionalidad del constituyente de 1991; la responsabilidad patrimonial del Estado como garantía ciudadana; la carga de la prueba en cada uno de los regímenes de responsabilidad y el aspecto fiscal o financiero de la responsabilidad.

Se parte del planteamiento del problema jurídico: ¿Vulnera la jurisprudencia administrativa el canon 90 constitucional al interpretar la responsabilidad del Estado allí consagrada? Por ende ¿Es constitucional o inconstitucional el régimen subjetivo de responsabilidad dentro del contexto del artículo 90 superior?

Como regla se tiene: El Consejo de Estado (C.E.) al interpretar el régimen subjetivo de responsabilidad del Estado (R. S.), viola o no viola el artículo 90 de la Constitución (N.C)

Se exponen en seguida las razones de regla o argumentos para resolver el problema jurídico planteado y, de contera, fundamentar la postura de constitucionalidad en relación con el régimen subjetivo de responsabilidad patrimonial del Estado.

Principia este análisis con la afirmación de que la constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia materializa la idea de un Estado Social de Derecho, lo que representa un innegable beneficio para el ciudadano en relación con el profuso poder estatal. El canon 90 constitucional hace realidad la pretensión de un Estadoligado a unas obligacionesresarcitoriascuando con su actuación irroga dañosa los asociados. La pluricitada norma, entonces, ofrece en términos generales la posibilidad de que el individuo sea tenido como sujeto dentro del respectivo litigio en un plano de igualdad, en lo que a garantías procesales se refiere, frente al Estado lesionador.

En lo atinente a la intencionalidad del constituyente de 1991, ésta ostenta un carácter tripartito:

- Proponer una responsabilidad del Estado con arraigo normativo superior expreso, manifestación del Estado de Derecho y como garantía ciudadana fundamental, con irrelevancia de las elucubraciones hermenéuticas de los jueces(Esguerra J., 2008, p.p. 889 y 890).

- Afirmar una responsabilidad patrimonial del Estado principal y directa, donde sea el ente estatal y no sus agentes o funcionarios respecto de quien deba derivarse la obligación reparatoria por los daños ocasionados(Esguerra J., 2008, p. 890).

- La redefinición del tradicional fundamento conceptual de la responsabilidad patrimonial del Estado, proponiendo al daño antijurídico como el nuevo fundamento conceptual de esa responsabilidad. Según Esguerra, “la decisión del constituyente no consistió apenas en enarbolar la responsabilidad del Estado, sino que se extendió además a la redefinición de su tradicional fundamento conceptual”(Esguerra J., 2008, p.

890), o sea, la falla del servicio, lo cual significa, además, que se trata de una responsabilidad estatal de naturaleza objetiva.

Con relación a lo primero, es loable ese propósito de constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado. En virtud de ello, hoy el instituto de la responsabilidad estatal cuenta con consagración expresa y específica en el ordenamiento jurídico interno, lo que significa un avance en muchos flancos del derecho, especialmente en el campo de la seguridad jurídica. El canon 90 superior se ofrece así como una preceptiva que de manera inequívoca y puntual da vida a un Estado responsable, indicando al ciudadano y a las autoridades judiciales las pautas para hacer efectiva, eventualmente, esa responsabilidad administrativa y patrimonial. En consecuencia, ello se traduce en una incontestable garantía ciudadana.

En lo atinente a la responsabilidad principal y directa del Estado y no de sus agentes y funcionarios, es de recibo esa intencionalidad del hacedor de la norma superior. Pero debe anotarse que antes de 1991 esa responsabilidad principal y directa del Estado ya venía estableciéndose por la jurisprudencia del Consejo de Estado. Lo novedoso del artículo 90, en este sentido, es que brinda la posibilidad de que el Estado pueda repetir contra el agente o funcionario por las sumas de dinero que aquél deba pagar con ocasión del actuar dañino de éste, doloso o gravemente culposos.

Y, finalmente, con respecto al replanteamiento de la falla del servicio y la introducción de un nuevo fundamento conceptual de responsabilidad del Estado, el Constituyente de 1991 queda en deuda, según la tendencia dominante de la doctrina y de la posición imperante de la misma jurisprudencia del Consejo de Estado. Quedó expuesto, desde estas dos vertientes del derecho, que el término en cuestión tan solo puede ser considerado, a lo sumo, un criterio más de imputación de responsabilidad.

También se plasmó que el daño antijurídico, tanto para la doctrina como para la jurisprudencia, es un concepto vago, indeterminado y hasta vacío que debe ser revisado en sus alcances. La noción en comento, importada del ordenamiento jurídico español, tiene implicaciones jurídicas distintas en ambos ordenamientos. Es una noción traspolada desde España con la cual se quiso fundamentar una responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia sin mediar un análisis concienzudo en cuanto a su significado y alcance en aquellas latitudes.

Y en relación con el tercer fin del constituyente de 1991, la responsabilidad del Estado que trae el artículo 90 de la Constitución Política colombiana no es de naturaleza objetiva. Fundadamente se llega a esta conclusión acorde a los criterios doctrinales expuestos, tanto en el plano nacional como en el país de donde se importó el modelo.

A nivel interno son de peso las argumentaciones ofrecidas por autores como Santofimio Gamboa, Pinzón Muñoz, Tamayo Jaramillo, Ruíz Orejuela, entre otros, de las cuales se infiere que el modelo de responsabilidad del Estado en España fue mal interpretado por el constituyente de 1991. Pero también autores extranjeros como Jesús Leguina Villa, Oriol Mir Puigpelat, Tomás Arias, etc., exponen que la responsabilidad patrimonial del Estado en España no es exclusivamente objetiva. Oriol Mir Puigpelat, por ejemplo, cuestiona la pretensión de una responsabilidad patrimonial del Estado objetiva como tendencia global:

Aunque parezca una obviedad, a la vista de la jurisprudencia expuesta, resulta necesario recordar que someter la asistencia sanitaria (servicio médico) a un estándar de responsabilidad objetiva significa, por de pronto, que la Administración debe responder aunque no se haya vulnerado la *lex artis* (cuando la responsabilidad se basa en la culpa o en la mala praxis), esto es, aunque el servicio de asistencia sanitaria haya observado la diligencia exigible en el ámbito médico.

¿Resulta aceptable una responsabilidad tan amplia de la Administración sanitaria, una responsabilidad objetiva de efectos tan extensos como los acabados de exponer? No, a mi juicio. Las muchas razones que he esgrimido con detalle en mi libro de 2002 en contra de la responsabilidad objetiva global de la Administración son perfectamente trasladables al ámbito sanitario, donde una genérica responsabilidad de tal calibre tendría, además, el efecto perjudicial añadido de incentivar la práctica de medicina defensiva, tan nociva para el erario público, los propios pacientes y el progreso de la medicina(Mir O., 2015, p.p.495 y 496).

Dentro de este contexto de cuestionamiento doctrinal y jurisprudencial a la pretensión de una responsabilidad patrimonial pública objetiva y global, la intencionalidad del constituyente de 1991, en lo que respecta al nuevo fundamento de responsabilidad y su alcance, deja mucho que desear. Nótese que en el ordenamiento jurídico del país del que se transmuta el modelo de responsabilidad estatal que se adopta en Colombia, no hay unanimidad sobre la naturaleza de esa responsabilidad pública, y la misma es cuestionada por autorizados sectores doctrinarios españoles. Ni siquiera la jurisprudencia de los altos tribunales de España es unánime en relación con la naturaleza de la responsabilidad patrimonial de la administración que rige en dicho país.

Las anteriores situaciones constituyen argumentos sólidos para cuestionar en el contexto colombiano la pretensión del constituyente de 1991 por ofrecer un modelo y fundamento de responsabilidad que no goza de aceptación mayoritaria, ni jurisprudencial ni doctrinariamente, en el país del cual se importa.

No se desprecia la posición contraria de un minoritario sector doctrinario nacional que con sólidos argumentos defendió la tesis de una responsabilidad objetiva afincada en el daño antijurídico, lo cual sin duda enriquece el debate. Pero para la posición adoptada dentro de este trabajo, tales argumentos no fueron lo suficientemente convincentes para concluir que el daño antijurídico sería el reemplazo

de la falla del servicio y que posterior a 1991 toda la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia sería exclusivamente objetiva.

En el plano jurisprudencial, aunque los primeros fallos del Consejo de Estado colombiano avalaron integralmente el sentir y la intencionalidad del Constituyente de 1991, muy pronto esa alta magistratura entendió, en su facultad legal y constitucional de interpretar la Carta Política, que el daño antijurídico no tenía la vocación para convertirse en el sustrato conceptual de responsabilidad estatal, en reemplazo de la falla del servicio. Todo lo contrario, el Consejo de Estado rápidamente tuvo claro que la responsabilidad patrimonial pública en Colombia dista mucho de ser exclusivamente objetiva, exponiendo de manera reciente la progresiva tendencia de definir la casuística en el ramo al amparo de teorías subjetivas de responsabilidad, sobre todo en temas que anteriormente eran de exclusivo tratamiento objetivo, como la responsabilidad por la privación de la libertad de las personas (Consejo de Estado, sentencia del 15 de agosto de 2018. C. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Radicación número 46.947).

En relación con el aspecto probatorio, se considera en este estudio que la interpretación jurisprudencial que descarta al daño antijurídico como fundamento de una responsabilidad del Estado netamente objetiva, no constituye violación o desconocimiento de las garantías de la víctima reclamante de indemnización y tampoco se la está sometiendo a cargas probatorias excesivas, ya que en ambos regímenes de responsabilidad del Estado, desarrollados esencialmente por tres teorías o títulos de imputación (falla del servicio, daño especial y riesgo excepcional), aflora la exigencia de demostrar el daño padecido por el afectado y la relación de causalidad entre ese daño y la conducta estatal (M'Cauley M., 2015, p. 189), no obstante que en el régimen subjetivo se deba demostrar el comportamiento irregular del ente público.

Antes y después de 1991 ha habido interpretaciones jurisprudenciales y doctrinarias de responsabilidad del Estado tanto subjetiva como objetiva, por lo cual es impensable, desde estas dos vertientes del derecho, que la alocución daño antijurídico haya convertido, de golpe, en objetiva toda la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia y que el deber de probar, en general, haya perdido relevancia o que se hayan adoptado esquemas de extrema flexibilidad probatoria que lleven a pensar que la sola causación de un daño antijurídico implique, *per se*, el deber resarcitorio del Estado sin mayores esfuerzos hermenéuticos por parte de los jueces y con una exigua actividad probatoria por parte de los reclamantes de indemnización.

En síntesis, se pudo establecer en el decurso de esta disertación que fue el constituyente de 1991 quien incurrió en una errónea interpretación sobre el carácter de la responsabilidad patrimonial del Estado en España, país en el que la lesión resarcible no es comprensiva de una responsabilidad exclusivamente objetiva. Y si bien jurisprudencia y doctrina inicialmente avalaron la intencionalidad del constituyente de 1991 en este sentido, lo cierto es que rectificaron, con serios argumentos, su postura conceptual inicial en la que acogían la índole objetiva de la responsabilidad del Estado propuesta en la Carta de 1991.

Entendieron, además, que los criterios tradicionales de interpretación de esa responsabilidad nunca perdieron vigencia dentro del contexto del artículo 90. Por ello, se comparte en este estudio la posición jurisprudencial y doctrinaria según la cual la responsabilidad estatuida en la precitada norma superior debe ser interpretada por el juez dentro del contexto particular de cada caso, pudiendo ser de aplicación tanto los títulos objetivos como los subjetivos de responsabilidad, de acuerdo a las particularidades y características que entrañe el caso puntual.

Se resuelve el problema jurídico planteado, sosteniendo que la posición del Consejo de Estado, en uso de su facultad interpretativa constitucional, con la cual establece que la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia no es objetiva y que el daño antijurídico no sustituye en absoluto a la falla del servicio como fundamento de esa responsabilidad, no vulnera el artículo 90 de la Carta Política ni ninguna otra norma del estatuto superior. Por lo tanto -se conceptúa en este trabajo académico-, que el régimen subjetivo de responsabilidad del Estado, dentro del contexto del Estado Social de Derecho, al igual que los títulos de imputación, especialmente la falla del servicio, son constitucionales.

Esta postura conceptual también se cimienta en la principalística esgrimida por la Corte Constitucional en sus análisis de constitucionalidad de las normas. Así, por ejemplo, con fundamento en el principio de la unidad de la Constitución, el artículo 90 superior debe ser interpretado en relación con el resto de las normas fundamentales, sin aislarse de ellas. En este caso el análisis debe hacerse en relación con el preámbulo de la Carta, para conceptuar que concebir una responsabilidad patrimonial del Estado exclusivamente objetiva en Colombia haría insostenible financieramente al Estado. Se pondría en riesgo el orden político, económico y social justo que se predica en el inicio de la Constitución.

Se acudió también al principio de la eficacia integradora de la Constitución, toda vez que el artículo 90 superior, adecuadamente interpretado, demuestra que es una norma constitucional eficaz, que materializa su contenido al ofrecer una responsabilidad patrimonial del Estado como una verdadera garantía ciudadana.

En virtud del principio de proporcionalidad, la interpretación y aplicación del régimen subjetivo de responsabilidad por parte del Consejo de Estado, dentro del

contexto del artículo 90, no atenta contra la supremacía de la Carta. Es una adecuada manera de exponer que este régimen entraña el verdadero contenido normativo plasmado en el artículo 90 superior, superando la errónea concepción del constituyente de 1991 en relación con el daño antijurídico como fundamento y soporte de una responsabilidad estatal exclusivamente objetiva.

En relación con el tópico de la responsabilidad del Estado como garantía, una adecuada interpretación del canon 90 superior debe informar que esa consagración superior es un aval para el ciudadano frente al profuso poder estatal. Tanto la doctrina nacional como la jurisprudencia del Consejo de Estado han interpretado cabalmente esta función de la responsabilidad, no solo con arreglo a la normativa del ordenamiento jurídico interno, sino también teniendo en cuenta el derecho convencional y su concreción a través del control de convencionalidad que debe llevar a cabo el juez en ciertos casos puntuales de responsabilidad.

Con relación al último aspecto, esto es, el económico, presupuestal o financiero, se conceptúa en este trabajo que un régimen de responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia de exclusivo cariz objetivo, según la voluntad y designio del hacedor de la norma fundamental, no es conveniente para la hacienda pública. Y en esto parece coincidir la doctrina nacional, cuando atisba la situación de la responsabilidad patrimonial pública de índole objetiva en el ordenamiento jurídico español:

Con todo, para González Pérez, existe una importante corriente que favorece el mantenimiento del sistema de responsabilidad objetiva global de la Administración, pero se impone la que considera insostenible el mantenimiento del régimen vigente a no muy largo plazo, por las alarmantes cifras de las indemnizaciones, principalmente en lo relacionado con el sector sanitario y, a lo que se suma que a pesar de la regulación legal, la jurisprudencia se ha resistido a la admisión de la responsabilidad por el funcionamiento normal de los servicios

públicos, situación que cambió con la sentencia del 14 de junio de 1991, que llevó hasta sus últimas consecuencias el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración (Ruíz W., 2015, p. 93).

Es decir, tampoco en España -sitio de producción de las teorías jurídicas que alimentaron el polémico modelo de responsabilidad estatal que aquí concita la atención-, se ha mirado con beneplácito un esquema tal de responsabilidad, precisamente porque el impacto fiscal de dicho sistema sobre las finanzas públicas asusta a doctinantes y jueces, al punto que en las últimas décadas ha aflorado en esa latitud un serio interés doctrinario por cuestionar la pretensión de una responsabilidad objetiva y global de la administración.

La posición interpretativa de la jurisprudencia administrativa en relación con la responsabilidad del Estado normada en el artículo 90, tiene en cuenta, sin duda alguna, ese aspecto financiero que conlleva una responsabilidad con catadura objetiva. Y sin constituir una política fiscal abierta y pública, la exaltación del régimen subjetivo por parte de la jurisprudencia y de una gran mayoría de la doctrina, expone una forma de precaver lo catastrófico que financieramente podría resultar para el Estado colombiano un régimen exclusivamente objetivo de responsabilidad.

Ponderadas las razones para optar por la constitucionalidad del régimen subjetivo de responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia, se concluye que dicho régimen, dentro del espectro de competencia interpretativa del Consejo de Estado en relación con el artículo 90 de la Carta Política, es constitucional. Descartar al daño antijurídico como fundamento de la responsabilidad estatal en Colombia no vulnera en absoluto dicha disposición superior ni ninguna otra norma fundamental.

Finalmente, debe acotarse que el constituyente de 1991 incurre en desacierto al invocar un fundamento teórico - el daño antijurídico-, para cimentar una responsabilidad objetiva del Estado en un entorno diametralmente distinto del lugar del cual se extrajo dicho concepto.

No obstante la posición asumida en este trabajo académico, y teniendo en cuenta el pensamiento doctrinal que se identifica con la intencionalidad integral del constituyente de 1991, válido resulta preguntarse ¿Cuál es el verdadero aporte de la constitucionalización de la responsabilidad patrimonial pública en Colombia? Y más que eso ¿Cómo zanjar definitivamente la discusión doctrinal y jurisprudencial en relación con el significado y el alcance de la noción conceptual que propuso el Constituyente de 1991 como fundamento de responsabilidad del Estado en Colombia?

Apelando a la misma doctrina, incluso de un sector que para nada comparte el talante objetivo de la responsabilidad que se propuso con el daño antijurídico, puede ensayarse al menos una respuesta a la primera de las incógnitas planteadas:

Para que se vea que la nueva doctrina del daño antijurídico nada nuevo introduce en nuestro sistema jurídico, basta observar que la doctrina y la jurisprudencia nacionales, hasta ahora por lo menos, no han ensanchado el campo de la responsabilidad objetiva existente antes de la nueva Constitución, acudiendo al concepto de daño antijurídico. Solo se cambió la terminología, acudiendo casi siempre, al argumento de que las víctimas no tenían la obligación de soportar el daño y que esa es la fuente de responsabilidad, cuando en el fondo se conservan las mismas diferencias de regímenes existentes antes de 1991. No hay una sola responsabilidad estatal que, partiendo del concepto de daño antijurídico, pase de fundarse en la falla del servicio y se convierta en una responsabilidad objetiva. El edificio anterior está de pie, pero le cambiaron de nombre.

...Ningún cambio se ha producido, en consecuencia, con el artículo 90 de la Constitución Política. En efecto, antes de la Constitución de 1991 existían los

mismos regímenes de responsabilidad que hoy aplica nuestra jurisprudencia. Había casos de responsabilidad objetiva (riesgo excepcional, trabajos públicos, daño especial) en los cuales el juez solo se detenía en las víctimas, sin tener en cuenta el comportamiento del causante del daño. Paralelamente, había regímenes con responsabilidad basada en la falla del servicio en los cuales, necesariamente, el juez debía detenerse en el análisis del comportamiento del ente estatal demandado. En conclusión, ninguna modificación real introdujo el artículo 90 de la Constitución en relación con la conducta del agente causante del daño (Tamayo J. 2012, p.p. 63 y 71).

En relación con la segunda cuestión se proponen varias respuestas. Una primera alternativa sería la de pensar en una reforma constitucional, mediante acto legislativo, en relación con el contenido del artículo 90 de la Carta, particularmente del primer inciso. Dicha reforma debe propender por descifrar el alcance de la noción de daño antijurídico y su verdadero rol dentro del tema de la responsabilidad patrimonial del Estado.

Como segunda alternativa, se sugiere un desarrollo legal del artículo 90 superior que permita descifrar todo el entramado de la responsabilidad patrimonial pública en Colombia y, desde luego, con tratamiento especial de ese concepto problemático denominado daño antijurídico.

Contrario a lo sostenido por la doctrina en relación con los límites del legislador para regular la responsabilidad pública estatuida en norma superior, tema en su sentir supremamente diáfano (Peláez J., p.p. 788 y 806), se estima que sí es necesaria y perentoria la intervención del creador de las leyes, desde luego dentro de los límites de competencia, para que propicie un desarrollo legal que dote de contenido a un tema que realmente no es claro: el significado y alcance del daño antijurídico.

En esta medida, el instituto del daño antijurídico no solo precisa ser definido. Requiere también de una delimitación conceptual y jurídica que haga posible descifrar su función real dentro de la ecuación de responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia, pues hasta el momento lo único que parece diáfano, tanto para la jurisprudencia como para un significativo sector doctrinario que no comparten el cariz objetivo de la responsabilidad anclado en dicha construcción conceptual, es que el concepto de daño antijurídico constituya tan solo un criterio más de imputación de responsabilidad (Valbuena G., 2008, p. 325).

Para otros estudiosos de derecho de daños, simplemente “el concepto de daño antijurídico nada significa, pues al no ser definido por el artículo 90 de la Constitución, la discusión se queda en el punto de partida”. (Tamayo J., 2012, p. 72). Por ello, se recalca, urge un serio y concienzudo desarrollo legal del texto constitucional que permita entender el significado del vocablo y su función dentro de la responsabilidad estatal.

Finalmente, y en consonancia con la alternativa anterior, se propone dotar de contenido normativo no solo al derechos de daños, sino al daño en sí mismo considerado, pero principalmente al instituto de la responsabilidad del Estado, lo cual permitiría asimilarla adecuadamente dentro del contexto del vigente artículo 90 superior, y en especial permitiría comprender el fenómeno de la imputación del daño, aspecto que ha sido quizá uno de los más problemáticos dentro del desarrollo de este trabajo.

Según Pinzón, el sistema de responsabilidad patrimonial pública vigente en Colombia justifica un sistema de normas que expliquen y deriven esa responsabilidad,

Sin sujeción a un parámetro necesariamente causal, así como tampoco con apego a criterios de imputación subjetiva (la culpa grave o el dolo). La responsabilidad jurídica parte de la idea de que alguien, en un momento dado, va a sufrir una privación o una restricción de uno o varios de sus derechos; y de otro, de que ese hecho debe ser reparado cuando medien unas circunstancias que, no solo desde el plano causal, permitan trasladar ese mal hacia la Administración, sino que con mayor énfasis lo permitan gracias a la justificación normativa de reproche que se encuentra en el mismo sistema jurídico que contiene al sistema (Pinzón C., 2017, p. 37).

En el contexto de la propuesta del citado doctrinante, la responsabilidad estatal surgiría del derecho y tiene respuesta en el derecho y así es como debe operar, ya que “dejar esa respuesta al arbitrio de los conceptos personales o de los meros sucesos naturales, cuando existen herramientas consolidadas que dan cuenta de juicios objetivos apartados de esa falibilidad subjetiva, resulta no solo insostenible sino irracional”. (Pinzón C., 2017, p. 38).

El citado autor, a modo de justificación de esta propuesta, sostiene que es inconcebible que en el plano del derecho exista

Un sistema de responsabilidad que carece de normas que determinen de manera clara y concretamente cuáles son las acciones y omisiones reprochadas y cuáles son inocuas, que de manera insostenible es precisamente lo que ocurre en el sistema colombiano, en la medida en que son los jueces los que definen esa responsabilidad sin un catálogo preexistente y solo a partir de una jurisprudencia variable, imprecisa y en la mayoría de eventos sin ningún soporte normativo (Pinzón C., 2017, p. 38) (Las subrayas no son del texto original).

En esta línea, estima Domínguez, la normativización del derecho de daños y del daño en sí mismo es un imperativo de los ordenamientos jurídicos, pues en el caso concreto del daño, a este

Se lo ha fragmentado anómalamente en categorías como daño y perjuicio, lesión y daño, etc. Esa fragmentación trae inmensas problemáticas e inconvenientes de comprensión al derecho de daños, y en varios sentidos, provienen de la no diferenciación entre elementos del ser y del deber ser. Igualmente, proviene de tomar el daño como concepto ontológico, lo que hace que se tenga que diferenciar entre una pérdida física y la lesión a un derecho, cosa que aparece en teoría, como un elemento más normativo y posterior en el análisis, diferencia que es absolutamente innecesaria. De esta forma, solo nos resta agregar que esa diferenciación tiene también su origen en el no consultar el derecho vigente o positivo, sino en consultar categorías presuntamente extrajurídicas y con ontología propia (como por ejemplo: el daño a la vida de relación, el daño a las condiciones de existencia o el daño existencial, etc.), extraídas en realidad de la buena imaginación de los juristas europeos que por demás, tienen consecuencias nefastas como por ejemplo vulneraciones a múltiples principios como el de legalidad (pues no se usan verdaderos derechos inscritos en el ordenamiento) o motivación, además de promover una trasgresión más de elementos del ser (pues, supuestamente, son derechos que reclaman su inclusión por tener existencia propia) que en el deber ser, lo que confunde aún más la estructura del derecho de daños.

Otra problemática que señala claramente la necesidad de normativizar el derecho de daños, es ese anhelo, quizá muchas veces irreflexivo, que se tiene por trasladar los avances que sobre la imputación objetiva ha hecho el derecho penal. De esta manera en sentencias recientes (Consejo de Estado, sentencia del 19 de agosto de 2011. Consejero Ponente: Orlando Santofimio Gamboa. Radicación número 20.144) se ve como este concepto es buscado con curiosidad por los estudiosos del derecho de daños, pero no se reflexiona lo suficiente acerca de sus presupuestos. De los trabajos de Jakobs, en quien no se ha reparado suficiente, se nota que el sustento teórico, el supuesto, el pre-supuesto para aplicar y hacer operativa la imputación objetiva, es la normativización del derecho. Esto significa que la imputación objetiva se funda en establecer deberes y derechos en situaciones concretas para cada uno de los actores, para después analizar si fueron vulnerados (sin que en ello intervengan hechos síquicos), ello es normativizar el

derecho. De esta manera, un presupuesto para aplicar la imputación objetiva es normativizar el mismo concepto de daño(Domínguez J., 2017, p.p. 47 -49).

En síntesis, los autores citados hacen hincapié en la imperiosa necesidad que existe en el plano nacional de dotar de contenido normativo instituciones como el daño, el derecho de daños, la responsabilidad misma y, por extensión, y para una mejor comprensión del alcance del tipo de responsabilidad propuesto en el artículo 90 superior, a la noción misma de daño antijurídico, a fin de develar si dicha noción está llamada a constituir o no un indiscutible fundamento de responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia.

CONCLUSIONES.

1. El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia contiene la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, en cuya materialización jugó un rol determinante la invaluable actividad de la doctrina y la jurisprudencia nacionales. Esta responsabilidad patrimonial pública, según lo propuesto y debatido en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, es de naturaleza objetiva, y halla su fundamento conceptual en el daño antijurídico. Esta noción es transmutada desde el ordenamiento jurídico español y tendría, además, la función de reemplazar el tradicional fundamento de responsabilidad, esto es, la falla del servicio, por considerar el hacedor de la norma fundamental que dicho concepto devenía ya en insuficiente para explicar la responsabilidad del Estado en el ordenamiento patrio. Dentro de ese contexto, los títulos de imputación de responsabilidad, especialmente la falla del servicio, perderían relevancia.

2. En el campo de la doctrina, un importante sector interpretó fielmente el sentir y la intencionalidad del constituyente de 1991 en relación con el tipo de responsabilidad patrimonial pública que imperaría en el ordenamiento jurídico colombiano a partir de 1991. En efecto, insignes representantes de la doctrina del derecho de daños conceptuaron, con respetables argumentos, que el daño antijurídico era sinónimo de responsabilidad objetiva del Estado, lo que replanteaba el papel del régimen subjetivo de responsabilidad y su falla del servicio como tradicionales esquemas de interpretación de la responsabilidad patrimonial del Estado. En este contexto, el régimen objetivo de responsabilidad y sus títulos de imputación, daño especial y riesgo excepcional, también cederían ante el nuevo modelo de responsabilidad, ya que la responsabilidad objetiva se predicaría exclusivamente desde el daño antijurídico, sin mayores elaboraciones hermenéuticas por parte de jueces y doctrinantes.

Otra importante sección doctrinaria, en diametral oposición conceptual, ha estimado que el daño antijurídico no es, *per se*, analógico de una responsabilidad objetiva. Para este sector doctrinario el vocablo en mención es un concepto vacío e indeterminado, de exigua definición en el ordenamiento jurídico. Es una noción que desde su misma traspolación al derecho colombiano, fue objeto de errónea interpretación por parte del constituyente de 1991, ya que el mismo no es equivalente de responsabilidad objetiva dentro del ordenamiento jurídico de donde es originario.

Conceptúa, además, el segmento doctrinario disidente, que la responsabilidad patrimonial del Estado en España no es exclusivamente objetiva, por lo que el constituyente en su intencionalidad de introducir en Colombia un novedoso fundamento de responsabilidad estatal, interpretó sesgadamente la naturaleza de la responsabilidad del Estado en España. La postura conceptual doctrinaria que cuestiona la pretensión del

constituyente de 1991 encuentra respaldo en el pensamiento de un importante sector de la doctrina española que cuestiona la pretensión de una responsabilidad objetiva global de la Administración Pública en el mencionado país, verbigracia, Jesús Leguina Villa, Oriol Mir Puigpelat, entre otros.

Dentro de este marco conceptual, para la doctrina el régimen subjetivo de responsabilidad tiene plena vigencia e importancia en el tratamiento de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia, siendo la falla del servicio un título determinante dentro de esa casuística. Así mismo, el régimen objetivo de responsabilidad, con sus títulos de imputación como el daño especial y el riesgo excepcional, han cumplido y seguirán cumpliendo un rol de trascendencia dentro de esa temática.

3. A nivel jurisprudencial, aunque inicialmente el Consejo de Estado se avino a la pretensión del constituyente de 1991 por replantear la falla del servicio como el tradicional fundamento de responsabilidad del Estado en Colombia, y en avalar el daño antijurídico como su sustituto, muy pronto enderezó su doctrina para tener que la falla del servicio es el título de imputación de responsabilidad por excelencia y que el término daño antijurídico no evoca una responsabilidad patrimonial del Estado de catadura objetiva.

La jurisprudencia administrativa nacional también ha realizado, desde su rectificación doctrinaria, un gran despliegue aplicativo de los diferentes títulos de imputación de responsabilidad dentro de la casuística del ramo. Antes y después de 1991 ha dado cabida a los dos regímenes de responsabilidad del Estado, aplicando en cada caso puntual, de acuerdo a sus características y peculiaridades propias, los distintos títulos de imputación, poniendo de relieve que en Colombia la responsabilidad

del Estado puede tener matices tanto subjetivos como objetivos, dependiendo de cada situación fáctica, pudiendo tener cabida cualquier título de imputación, con lo cual diverge sobremanera con el constituyente de 1991 y su propósito descalificador de la falla del servicio.

4. Desde la competencia interpretativa de la Constitución Política por parte del Consejo de Estado, el régimen subjetivo de responsabilidad del Estado goza de constitucionalidad, pues no se vulnera precepto fundamental alguno al conceptuar la jurisprudencia administrativa que la falla del servicio, antes y después de 1991, constituye el fundamento de responsabilidad patrimonial pública en Colombia. En consecuencia, todos los títulos de imputación de responsabilidad, dentro de esta línea interpretativa, son constitucionales.

Con relación a la intencionalidad del constituyente de 1991 por dar consagración expresa y específica al instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia, tanto la jurisprudencia administrativa como la doctrina del derecho de daños han mirado con beneplácito ese cometido y así lo han exteriorizado a través del trabajo que, a partir de 1991 y durante casi tres décadas, han llevado a cabo estas dos fuentes del derecho. Jurisprudencia y doctrina han avalado la función garantista que conlleva la consagración específica y expresa de la responsabilidad patrimonial pública en norma superior, trascendiendo, incluso, ese propósito garantista.

Así, por ejemplo, el Consejo de Estado ha proferido fallos en los que ha motivado sus decisiones afirmando que el instituto de la responsabilidad estatal no solo debe abordarse desde la normativa interna, sino en armonía con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y con los convenios y tratados internacionales, cuando se está frente a situaciones de vulneración de derechos

humanos. En estos casos específicos, el órgano judicial ha armonizado la aplicación de las normas internas de responsabilidad estatal con las de derecho internacional, a través del ejercicio del control de convencionalidad.

La doctrina también ha afirmado, desde su campo de acción, la función garantista de la responsabilidad del Estado plasmada en norma constitucional, haciendo hincapié en su alcance en el ámbito del derecho internacional “por violación o vulneración de los derechos humanos en el Sistema Interamericano, bien sea por el incumplimiento de obligaciones convencionales o de normas u obligaciones de *jus cogens*”. Ello es indicador de la afinidad que existe entre jurisprudencia y doctrina con el constituyente de 1991 en lo tocante a la faceta garantista de la constitucionalización de la responsabilidad del Estado en Colombia.

En lo relativo a la carga de la prueba, no se vulneran las prerrogativas garantistas de las víctimas reclamantes ni se les somete a carga probatoria excesiva por el hecho que jurisprudencial y doctrinariamente se cuestione al daño antijurídico como fundamento conceptual de responsabilidad patrimonial pública en el ordenamiento jurídico colombiano. Antes y después de 1991 ha existido responsabilidad del Estado subjetiva y objetiva, con relevancia y particularidades probatorias acorde al régimen aplicable al caso puntual y al título de imputación de responsabilidad escogido para llevar a cabo el proceso de imputación jurídica. Uno y otro régimen tienen su ritual probatorio y dependerá de las peculiaridades de cada asunto, el título de imputación aplicable en su solución.

5. La Corte Constitucional puede realizar el control de constitucionalidad sobre las reglas y criterios expuestos por el Consejo de Estado en relación con su actividad interpretativa de las normas, textos y demás contenidos constitucionales,

particularmente lo relativo a la interpretación del artículo 90 superior, a tono con lo expuesto por aquella corporación en la sentencia C – 426 de 2002.

6. La jurisprudencia administrativa optó por dar aplicación preferente en Colombia al régimen subjetivo de responsabilidad patrimonial del Estado, pero con cabida excepcional de los títulos objetivos de responsabilidad como el daño especial y el riesgo excepcional, tal como ocurría antes de 1991. Sin constituir una política fiscal pública y abierta, la adopción de un régimen subjetivo de responsabilidad patrimonial del Estado por parte de la jurisprudencia puede obedecer, además de una adecuada interpretación del artículo 90 superior, a una loable actitud de salvaguarda y protección de las finanzas públicas, pues es relativamente advertible que un régimen de responsabilidad patrimonial público exclusivamente objetivo convierta al Estado en un generoso otorgador de indemnizaciones, situación que impactaría negativamente el presupuesto público.

7. Se responde a la pregunta de investigación formulada en los inicios de este proyecto, afirmándose que el régimen subjetivo de responsabilidad del Estado, al igual que los títulos de imputación, especialmente la falla del servicio, son constitucionales, pues acorde con los principales postulados doctrinarios y jurisprudenciales expuestos durante el desarrollo de esta disertación, donde se analizaron los argumentos a favor y en contra de la naturaleza de la responsabilidad del Estado pretendida por el constituyente de 1991, se puede deducir que el daño antijurídico no tiene la virtualidad de reemplazar a la falla del servicio como el fundamento de responsabilidad pública en Colombia. Por el contrario, el consenso mayoritario de doctrina y jurisprudencia indican que la falla del servicio es el título de imputación por excelencia y desde el cual debe principiar el análisis de responsabilidad patrimonial del Estado en un caso particular.

8. En aras de zanjar de manera definitiva la disyuntiva en torno del carácter de la responsabilidad patrimonial del Estado contenida en el artículo 90 de la Constitución Política y del papel de los títulos de imputación de responsabilidad dentro de ese contexto, se precisa respecto del mencionado artículo superior un juicioso desarrollo legal que lo dote de contenido, principalmente a su concepto base, el daño antijurídico, a fin de descifrar su significado y alcance dentro de la dinámica de responsabilidad patrimonial pública. Acorde con la propuesta de serios sectores doctrinarios, este precepto normativo superior requiere ser desarrollado legalmente con miras a darle contenido no solo a la responsabilidad estatal en él establecida, sino también a instituciones como el derecho de daños y al daño en sí mismo considerado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arboleda, J. y. (2015). Aproximación a los regímenes de la responsabilidad extracontractual del Estado en el ordenamiento jurídico colombiano. *Revista Pluriverso N° 5. Medellín: Ediciones Unaula.*
- Arenas, H. (2014). *La responsabilidad contractual de la administración pública por dilaciones procedimentales indebidas.* Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Arenas, H. (2014). *El régimen de responsabilidad subjetiva.* Bogotá: Editorial Legis.
- Arévalo. (2011). *Responsabilidad del Estado y de sus funcionarios.* Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Arias, T. (2014). ¿García de Enterría 2000 vs. García de Enterría 1954? El Debate Sobre el Fundamento de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración en España. *Revista de Derecho Público N° 114.*, 10.
- Armenta, M. (2009). El régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia: El título jurídico de la imputación. *Vía Iuris número 6, Fundación Universitaria Los Libertadores.*
- Bejarano, R. (2015). *La carga de probar la falla del servicio en la responsabilidad estatal. En: La responsabilidad extracontractual del Estado. XVI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Botero, L. (2007). *Responsabilidad patrimonial del legislador*. Bogotá: Editorial Legis.
- Brewer-Carías, A. y. (2013). *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*. Bogotá: Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bustamante, A. (2003). *La responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Grupo Editorial Leyer.
- Constitución Política de Colombia de 1991(2017). Bogotá: D.M.S. Ediciones e Investigaciones Ltda.
- Correa, R. (2012). *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Editorial Leyer Editores.
- Cortes españolas. (27 de diciembre de 1978). www.congreso.es/docu/constituciones/1978/1978_cd.pdf.
- Decreto 528 de 1964. Diario Oficial número 31.330 del 01 de abril de 1964.
- Domínguez, J. (2017). *El concepto normativo del daño*. . Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Duque, A. (2017). *Responsabilidad extracontractual del Estado y política pública*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Esguerra Portocarrero, J. C. (1991). *Informe-ponencia mecanismos de protección del orden jurídico y de los particulares N. 7: La responsabilidad de las autoridades públicas y del Estado*. Bogotá: Gaceta Constitucional N° 56.
- Esguerra Portocarrero, J. C. (1991). *Proyecto de acto reformativo de la Constitución N° 72. Título: Responsabilidad del Estado*. Bogotá: Gaceta Constitucional N° 23.
- Esguerra, J. (2008). *La responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia como garantía constitucional. En: La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Fix- Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, T. VIII*. Obtenido de <https://biblio.juridicas.unam.mx>. : <https://biblio.juridicas.unam.mx>.
- Espitia, D. (2017). *La interpretación constitucional y su evolución en las sentencias de la Corte Constitucional colombiana. Tesis de grado*. Obtenido de <http://repository.ucatolica.edu.co> : <http://repository.ucatolica.edu.co>
- Fernández, M. (2009). La falla “probada” del servicio médico-asistencial: ¿vislumbre del retroceso del Consejo de Estado? julio de 2009. *Revista Iusta N° 30, Universidad Santo Tomás*, 79.
- García de Enterría, E. y. (2008). *Curso de derecho administrativo*. Bogotá: Editorial Temis S. A.

- García, D. (2009). La falacia de los títulos de imputación en la responsabilidad del Estado. *Revista de responsabilidad civil y del Estado* Nro 25 Instituto antioqueño de responsabilidad civil y del Estado, 173.
- García, D. (2009). *Manual de responsabilidad civil y del Estado*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.
- Gil. (2013). *La responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Editorial Temis.
- Gil, E. (2006). *Temas de responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Librería Jurídica Comlibros.
- Gómez, E. (1995). *La responsabilidad del Estado en la Constitución de 1991*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.
- Guastini, R. (2014) Interpretar y argumentar. Traducción de Silvina Álvarez Medina. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Guastini, R. (2010) Nuevos estudios sobre la interpretación. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Guastini, R. (2010) Teoría e ideología de la interpretación constitucional. Madrid: Editorial Trotta.
- Güechá, c. (2012). *Responsabilidad del Estado por actos terroristas*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Güechá, C. (2012). *Revista Prolegómenos-Derechos y Valores.*, 32.
- Henao, J. (1996). Presentación general de la responsabilidad extracontractual en Colombia. En: *II Jornadas colombo-venezolanas de derecho público. Varios autores*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Henao, J. (2000). *La responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia*. En: *La responsabilidad patrimonial del Estado: Memoria Seminario Internacional sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado. Varios autores*. Recuperado el 20 de marzo de 2018, de <https://biblio.juridicas.unam.mx>.
- Hernández, G. (2008). *La defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado*. . Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Insignares –Cera, S. y.-H. (2012). Juicio integrado de constitucionalidad: Análisis de la metodología utilizada por la Corte Constitucional colombiana. . *Revista Vniversitas* N° 124. Universidad Pontificia Bolivariana.
- Long, M. P. (2000). (2000). *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.

- Mir, O. (2015). *Responsabilidad objetiva vs funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración*. XVI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- M'Causland, M. (2015). *Responsabilidad objetiva del Estado: tendencias, deseos y realidades*. En: *La responsabilidad extracontractual del Estado*. XVI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Montoya, L. (2017). *La responsabilidad del Estado-juez*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Morand-Deville, J. (2010). *Curso de derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Nieto, J. (2015). *El control de constitucionalidad de los actos legislativos (Tesis)*. Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2015. . Obtenido de <https://repository.usta.edu.co>.
- López, D. (2004). *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Editorial Legis.
- Ospina, A. (2015). Ospina, A. Presentación: La responsabilidad del Estado y el Estado de derecho en Colombia. En: *La responsabilidad extracontractual del Estado*. . En V. autores, *XVI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*. (pág. 13). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Penagos, G. (1997). *El daño antijurídico*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Parra, W. (2003). *Responsabilidad patrimonial estatal. Daño antijurídico. Responsabilidad objetiva. Doctrina-jurisprudencia. Régimen jurídico colombiano y venezolano*. Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia.
- Penagos, G. (1997). *El daño antijurídico*. Aplicación al principio iura novit curia. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Pérez, L. (2002). *Elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Editorial Leyer.
- Pinzón. (2013). *Los daños y la cuantificación de los perjuicios dentro de la responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké.
- Pinzón. (2014). *La responsabilidad extracontractual del Estado. Una teoría normativa*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Pinzón, C. (2017). *Tratado de responsabilidad extracontractual del Estado. Una teoría normativa*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

- Pulido, F. (2008). Elementos relevantes para el análisis de las sentencias de la Corte Constitucional colombiana. . *Revista Novum Jus, Volumen 2, Número 1. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.*
- Rampf, D. y. (2014). *www.berghof-foundation.com*. Obtenido de La Asamblea Nacional de Colombia de 1991-De la exclusión a la inclusión o ¿Un esfuerzo en vano? Inclusive Political Settlements. Artículo1. Berghof Foundation. Berlín, 2014. Versión electrónica en: : *www.berghof-foundation.com*
- Real Academia de la Lengua Española. (2005). *lema.rae.es/dpd/srv/search?key=causalidad. Diccionario Panhispánico de Dudas*. Obtenido de *lema.rae.es/dpd/srv/search?key=causalidad. Diccionario Panhispánico de Dudas*.
- Real Academia Española. (s.f.). *dle.rae.es/srv/search?m=30&w=imputar*. Recuperado el 03 de junio de 2018, de *dle.rae.es/srv/search?m=30&w=imputar*
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C - 333. M.P. Alejandro Martínez Caballero (01 de agosto de 1996).
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C - 426. M.P. Rodrigo Escobar Gil (2002).
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU 353 M.P. María Victoria Calle Correa (19 de junio de 2013).
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-566. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz (30 de Noviembre de 1995).
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-072 M.P. José Fernando Reyes Cuartas (5 de Julio de 2018).
- República de Colombia. Consejo de Estado. Sentencia. C. P. María Elena Giraldo (25 de Julio de 2002).
- República de Colombia. Consejo de Estado Sentencia Expediente número 15.263 (19 de Juniode 2008).
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-881. M.P. Eduardo Montealegre Lynett (17 de Octubre de 2002).
- República de Colombia. Consejo de Estado. Sentencia, Expediente 20.087 (28 de Abril de 2010).
- República de Colombia. Consejo de Estado. Sentencia, Expediente número 6.515. (31 octubre 1991).
- República de Colombia. Consejo de Estado. Expediente 6.454 (27 de Junio de 1991).

República de Colombia. Consejo de Estado. Expediente 6.454 (27 de Junio de 1991).

República de Colombia. Consejo de Estado. Sentencia (29 de Julio de 1947).

República de Colombia. Consejo de Estado. Sentencia (30 de Septiembre de 1949).

República de Colombia. Consejo de Estado. Sentencia, Radicado 541 (11 de Julio de 1969).

República de Colombia. Consejo de Estado. Sentencia, Expediente 2.744 (02 de Febrero de 1984).

República de Colombia. Consejo de Estado. Sentencia, Expediente 2.744 (02 de Febrero de 1984).

República de Colombia. Consejo de Estado. Sentencia, Expediente 2.846 (08 de Marzo de 1984).

República de Colombia. Consejo de Estado. Sentencia, Expediente 4.655 (20 de Febrero de 1989).

República de Colombia. Consejo de Estado. Sentencia, Expediente 6.454 (27 de Junio de 1991).

República de Colombia. Consejo de Estado. Sentencia, Expediente 14.179 (24 de Febrero de 2005).

República de Colombia. Consejo de Estado. Sentencia, Expediente 17.145 (11 de Febrero de 2009).

República de Colombia. Consejo de Estado. Sentencia, Expediente 20.220 (13 de Abril de 2011).

República de Colombia. Consejo de Estado. Sentencia, Expediente 30.102 (05 de Marzo de 2015).

República de Colombia. Consejo de Estado. Sentencia, Expediente 40.057 (03 de Octubre de 2016).

República de Colombia. Consejo de Estado. Sentencia, Expediente 34.928 (16 de Febrero de 2017).

República de Colombia. Consejo de Estado. Sentencia, Expediente 53.704 (09 de Junio de 2017).

República de Colombia. Consejo de Estado. Sentencia, Expediente 44.826 (26 de abril de 2018).

República de Colombia. Consejo de Estado. Sentencia, Expediente 46.947 (15 de Agosto de 2018).

República de Colombia. Consejo de Estado. Sentencia, Expediente 7.130C.P. Julio César Uribe Acosta, (26 de Noviembre de 1992).

República de Colombia. Consejo de Estado. Sentencia., Expediente 6.454 (27 de Junio de 1991).

República de Colombia. Consejo de Estado. Sentencia., Expediente 8.163 (13 de Julio de 1993).

República de Colombia. Consejo de Estado. Sentencia., Expediente 15.263 (19 de Julio de 2008).

República de Colombia. Consejo de Estado. Sentencia., Expediente 33.976 (16 de Febrero de 2017).

República de Colombia. Consejo de Estado. Sentencia. C.P. Carlos Betancur Jaramillo, Expediente 6.941 (30 de Julio de 1991).

República de Colombia. Consejo de Estado. Sentencia. C.P. Carlos Betancur Jaramillo, Expediente 7.429 (02 de Marzo de 1993).

República de Colombia. Consejo de Estado. Sentencia. C.P. Daniel Suárez Hernández, expediente 6.341 (12 de Diciembre de 1991).

República de Colombia. Consejo de Estado. Sentencia. C.P. Danilo Rojas Betancourt, Expediente 30.102 (05 de Marzo de 2015).

República de Colombia. Consejo de Estado. Sentencia. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Expediente 33.976 (16 de Febrero de 2017).

República de Colombia. Consejo de Estado. Sentencia. C.P. Juan de Dios Montes, Expediente 8.163 (13 de Julio de 1993).

República de Colombia. Consejo de Estado. Sentencia. C.P. Orlando Santofimio Gamboa, Expediente 20.144 (19 de Agosto de 2011).

República de Colombia. Consejo de Estado. Sentencia. C.P. Ricardo Hoyos Duque, Expediente 10.922 (16 de Septiembre de 1999).

República de Colombia. Consejo de Estado. Sentencia, Expediente 32.912 (28 de Enero de 2015).

República de Colombia. Consejo de Estado. Sentencia, Expediente 718 (14 de Noviembre de 1967).

República de Colombia. Corte Suprema de Justicia (30 de Junio de 1962).

República de Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-administrativo, Radicado 3.510 (1990).

- Rojas, S. y. (2014). De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana. *Revista Vniversitas* N° 129, julio-diciembre 2014. Bogotá. Universidad Javeriana, 208.
- Ruíz, W. (2008). *Responsabilidad extracontractual frente: Estado legislador; medios de comunicación; responsabilidad fiscal; desplazamiento forzado; actos terroristas*. Bogotá: Ecoe Ediciones.
- Ruíz, W. (2010). *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*. Bogotá: Ecoe Ediciones.
- Ruiz, W. (2015). *Responsabilidad del Estado Social de Derecho por los actos del poder constituyente*. Bogotá: Ecoe ediciones.
- Saavedra, R. (2008). *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Santofimio. (2017). *La responsabilidad patrimonial del Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio, J. (2017). *Compendio de derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio, J. (2017). *El concepto de convencionalidad. Vicisitudes para su construcción sustancial en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Bogotá: Universidades Externado de Colombia.
- Serrano, L. y. (2014). *La responsabilidad patrimonial del Estado*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Tamayo, A. (2009). *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Tamayo, J. (2012). *La responsabilidad del Estado*. Bogotá: Biblioteca Jurídica DIKÉ.
- Valbuena, G. (2008). *La defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Valbuena, G. (2015). *Responsabilidad del Estado por defraudación de la confianza legítima. En: La responsabilidad extracontractual del Estado. Varios autores. XVI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*. (pág. 737). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Vila, C. (2012). *Vila, C. Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*. Bogotá: 2012. Bogotá: Editorial Legis.
- Viveros, C. (2015). *Manual de responsabilidad patrimonial pública*. Medellín: Ed. Legis.

Zuluaga, R. (2004). *Interpretar y argumentar*. Nuevas perspectivas para el derecho.
Medellin: Ed. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.