



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

El daño especial como título jurídico de imputación de responsabilidad extracontractual por actos terroristas: Su transición a fundamento de compensación

Andrés José Quintero Gnecco

**Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Maestría en Derecho
Profundización en Derecho Administrativo
Bogotá D.C.
2013**

**El daño especial como título jurídico de
imputación de responsabilidad
extracontractual por actos terroristas: Su
transición a fundamento de compensación**

**Andrés José Quintero Gnecco
Código 06702132**

**Trabajo de grado presentado como requisito para optar por al título de:
Magister en Derecho**

**Directores:
Dr. Cesar Cohecha León
Dr. Fernando Alexei Pardo Flórez**

**Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Maestría en Derecho
Profundización en Derecho Administrativo
Bogotá D.C.
2013**

Resumen

El daño especial como título jurídico de imputación de responsabilidad extracontractual por actos terroristas: su transición a fundamento de compensación. Andrés José Quintero Gnecco*

La Ley y la jurisprudencia, han señalado que el daño especial es una expresión del principio constitucional de solidaridad; y en esa medida cambió su naturaleza, apartándose de su concepción como un título de imputación, constituyéndose como una fuente de compensación para el caso de los actos terroristas.

Palabras clave: Responsabilidad extracontractual, título de imputación, daño especial, solidaridad, compensación.

Abstract

The law and jurisprudence, have pointed out that the special damage is an expression of the constitutional principle of solidarity, and to that extent changed its nature, away from its conception as a way of imputation, becoming a source of compensation for the terrorist acts.

Keywords: Tort, imputation title, special damage, solidarity, compensation.

* Abogado, Especialista en Derecho Administrativo y Derecho Constitucional; Servidor Público y Docente Universitario. andreshi1980@yahoo.com

Contenido

| | Pág. |
|---|-------------|
| Resumen y Abstract | V |
| Introducción | 1 |
| 1. El daño especial como título de imputación de responsabilidad extracontractual por actos terroristas en Colombia a partir de la constitución política de 1991. | 7 |
| 1.1 La responsabilidad extracontractual del estado. | 7 |
| 1.2 Elementos, regímenes y títulos de imputación jurídica, de la responsabilidad extracontractual. | 13 |
| 1.2.1. Elementos. | 14 |
| 1.2.2. Regímenes. | 26 |
| 1.2.3. Títulos jurídicos de imputación. | 33 |
| 1.3 LA Jurisprudencia del consejo de estado sobre responsabilidad del estado por actos terrorista a partir de la constitución de 1991. | 41 |
| 2. El estado social de derecho, principios y responsabilidades | 53 |
| 2.1 Estado social de derecho y la responsabilidad extracontractual del estado. | 53 |
| 2.2 El daño especial como expresión del principio de solidaridad. | 65 |
| 3. La aplicación del daño especial como fundamento de compensación por actos terroristas | 75 |
| Conclusiones | 83 |
| Bibliografía | 87 |

Introducción

La responsabilidad extracontractual es un tema que ocupa la atención de los doctrinantes en derecho administrativo²; quizá la consecuencia lógica del Estado Social de Derecho, es que cada día se acuda más a los estrados judiciales a exigir la responsabilidad del Estado y el reconocimiento de los daños sufridos por los particulares, llamando la atención de los inquietos juristas. La pretensión de este documento, no es abordar la teoría general acerca de la materia, sino contribuir al estudio mediante la investigación del título de imputación del “daño especial” dentro del régimen objetivo, y presentar algunos planteamientos frente al mismo. Con dicho objetivo, se hará un resumen sobre los aspectos estructurales de la responsabilidad extracontractual del Estado; recordando a grosso modo, el camino recorrido para llegar a lo concebido hoy día acerca de la institución.

Los regímenes de responsabilidad extracontractual han sido fruto del desarrollo jurisprudencial proferido por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa a través de sus diferentes sentencias, las cuales han respondido a un ejercicio de adecuación típica en el que se ha señalado para cada caso, cuál procede y cuál no³. En tal medida, se ha fijado para algunos eventos la necesidad de adelantar un verdadero juicio a la conducta del agente estatal, para determinar si actuó de manera diligente tal como lo demanda la adecuada prestación del servicio público; o por el contrario, sin necesidad de verificar dicha conducta desde el punto de vista subjetivo, se toman en consideración otros elementos materiales que tienen una connotación, per se, estructural para la determinación o no de la responsabilidad⁴.

En este contexto, a nivel nacional, el papel adelantado por el Consejo de Estado en ejercicio de su atribución constitucional de desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo es digno de exaltar⁵. Sin embargo, en desarrollo de

² Ver en la doctrina colombiana entre otros a TAMAYO JARAMILLO, GIL BOTERO, HENAO PEREZ, BUSTAMANTE LEDESMA, RUIZ OREJUELA Y SAAVEDRA BECERRA.

³ Consecuencia lógica de la ausencia de una Ley o Codificación que regule la responsabilidad extracontractual del Estado, lo que impone el ejercicio activo del juez contencioso en la búsqueda de soluciones al caso concreto. Sobre la jurisprudencia en Colombia frente a la responsabilidad extracontractual del Estado, se puede ver HENAO PÉREZ, Juan Carlos. “La Responsabilidad Extracontractual Del Estado En Colombia: Evolución Jurisprudencial, 1864-1990”.

⁴ Se ha establecido unos regímenes (teorías, reglas, principios, títulos, etc.), que determinan la existencia de la responsabilidad extracontractual del Estado. Se abordará el estudio de los mismos en el capítulo 1.

⁵ Artículo 237, numeral 1 de la Constitución Política.

dicha facultad no se puede desconocer que algunas de sus pautas interpretativas y de argumentación, tal como ocurre con la aplicación del régimen objetivo por daño especial en los actos terroristas, que podrían ser estudiados y dilucidados bajo otros esquemas de valoración analítica, pueden conllevar posiciones que albergan inseguridad jurídica para los asociados del Estado. Es decir, ante una misma situación o caso planteado, se toman diversas formas de estudio y análisis por parte del máximo órgano.

El trabajo de investigación se presenta justificado en la medida del contexto social que vive el Estado Colombiano inmerso en un conflicto y que conlleva a la afectación de esos derechos y bienes de los ciudadanos, los cuales encuentran en la instancia judicial, un mecanismo de estabilización ante dichas afectaciones. El trabajo contribuirá a dilucidar los eventos donde debe proceder la indemnización y aquellos donde lo procedente es una compensación a través de la aplicación del principio de solidaridad expresado en el daño especial, dándole un panorama de certeza jurídica al ciudadano petionario en el caso concreto⁶. Significa lo anterior, que se determinará cuando hay responsabilidad del Estado y la consecuente obligación de reparar mediante una indemnización a las víctimas, y cuando procede una ayuda o auxilio, por no existir responsabilidad sino un daño especial.

Bajo esta óptica, se precisa adelantar un estudio que determine la realidad de la aplicabilidad excesiva del régimen de responsabilidad objetiva por daño especial en los actos terroristas, propio de circunstancias donde se rompe el equilibrio en las cargas públicas que impone el pertenecer a una sociedad. Se plantea entonces que, la jurisprudencia de lo contencioso administrativo en aplicación del título de imputación del daño especial, ha deducido responsabilidad extracontractual del Estado por actos terroristas, de manera excesiva e indiscriminada, generando inseguridad jurídica, bajo el argumento del Estado Social de Derecho de la Carta Política de 1991, so pretexto de interpretación del principio de equidad, en el contexto del conflicto interno colombiano. Ello quiere decir, que con el fundamento de la aplicación del principio de equidad, ha determinado soluciones distintas ante casos similares, lo que atenta contra los derechos ciudadanos, que presume garantizar.

Para el desarrollo del trabajo se partirá del problema: ¿ha generado inseguridad jurídica la aplicación excesiva e indiscriminada del título de imputación del daño especial por parte de la jurisprudencia de lo contencioso administrativo, para declarar la responsabilidad del Estado por Actos Terroristas, bajo el argumento del Estado Social de Derecho de la Carta Política de 1991?

⁶ Frente a esta conclusión de la aplicación del Principio de Solidaridad, resulta importante la Tesis planteada por D' COSTA RODRIGUEZ, Camilo Alfredo, "El Principio de Solidaridad Como Fundamento de la Responsabilidad del Estado por Terrorismo en Colombia", Universidad Nacional, Bogotá 2011. En este trabajo el autor plantea el problema en que se encuentra la responsabilidad extracontractual del Estado por terrorismo, por cuanto confluyen aspectos de tipo jurídico, económico y político, que han llevado a que la consecución de una indemnización en estos casos sea una tarea difícil, tornándose insuficientes los títulos de imputación que ha desarrollado la jurisprudencia.

Teniendo este problema, propone el autor la concepción del principio de solidaridad como fundamento de la responsabilidad del Estado por terrorismo, en aras de encontrar una respuesta efectiva a las solicitudes de indemnización de perjuicios de las víctimas.

La respuesta es positiva. La aplicación del título de imputación del daño especial en los actos terroristas, por parte de la jurisprudencia de lo contencioso administrativo, ha sido excesiva, indiscriminada y carente de fundamentos jurídicos, generado inseguridad jurídica y por tal motivo, no debe aplicarse el daño especial como título de imputación para deducir responsabilidad en los casos por actos terroristas⁷.

El Estado en consecuencia, deberá responder e indemnizar cuando se corrobore una falla del servicio y eventualmente, cuando se constate la generación de un riesgo superior para la colectividad, con fundamento en los títulos de imputación jurídica de falla del servicio y riesgo excepcional, respectivamente. Lo que permite excluir el daño especial como título de imputación para declarar la responsabilidad, por cuanto ha cambiado su naturaleza jurídica y es una expresión del principio de solidaridad⁸.

Se torna indispensable repensar el esquema de la responsabilidad del Estado, y especialmente, adecuar la responsabilidad extracontractual y sus títulos de imputación, a las disposiciones de la constitución política de 1991⁹. Bajo este entendido, el Estado deberá compensar, bajo criterios de solidaridad, cuando se presente un acto terrorista y como consecuencia del mismo, se generen daños que rompen el equilibrio en las cargas públicas, rompiendo la igualdad pactada por los individuos en la sociedad, es decir, cuando se presenta un daño especial. Lo anterior por cuanto no se puede obligar a un ciudadano a soportar más cargas que las que impone el hecho de vivir en sociedad; ubicándolo en un escenario de desequilibrio o desigualdad frente a los demás ciudadanos.

Mediante la determinación clara y expresa del daño especial como expresión de la solidaridad como principio constitucional, para efectos de compensar a las personas que han visto afectado su equilibrio en las cargas públicas frente a sus conciudadanos, en razón de los actos terroristas, se contrarresta la inseguridad jurídica creada por la jurisprudencia de lo contencioso administrativo.

La propuesta de aplicación del daño especial, como fundamento de compensación y su exclusión como título de imputación para derivar responsabilidad extracontractual por actos terroristas, no se debe mirar como retroceso o pretensión de irresponsabilidad estatal; lo que se pretende es aterrizar el Derecho, de orden jurisprudencial, de la

⁷ Resulta interesante para esta posición, el análisis de la Tesis propuesta por GALINDO SANCHEZ, Richard. "los títulos jurídicos de imputación en la Responsabilidad Extracontractual del Estado por Actos Terroristas". Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá 2002. En este trabajo el autor plantea como problema, la incertidumbre en los criterios generada por la propia jurisprudencia, para determinar cuándo pueden esperar una indemnización por este hecho las víctimas de los actos terroristas.

Pretende el autor dilucidar con mayor claridad los casos en los cuales las víctimas del terrorismo, pueden acudir a la administración de justicia esperando razonablemente una sentencia favorable, así como los requisitos que debe contener la demanda para lograr dicho cometido.

⁸ Se verificará dicho aspecto en los capítulos 2 y 3 del presente trabajo.

⁹ Resulta contundente el nuevo orden constitucional trazado por la carta política de 1991, donde consagra un plus de principios, derechos, deberes, garantías y obligaciones, a cargo de los actores (Estado y ciudadanos), que implica el estudio y análisis de las teorías otrora formuladas, bajo el nuevo panorama jurídico.

responsabilidad extracontractual del Estado, como disciplina de estudio dentro de la rama del Derecho Administrativo¹⁰. En este sentido, se debe atender a la realidad del país, reconociendo el verdadero contexto constitucional, los postulados ideológicos vivientes y dando la efectividad de los derechos conforme a ellos.

En este orden de ideas, se abordan los presupuestos y elementos del daño especial como desarrollo del principio de solidaridad, en virtud del cual se compensa patrimonialmente a las personas que han sufrido una ruptura en las cargas públicas que imponen el hecho de vivir en una sociedad organizada, pero que nunca constituyen obligación o fuente de responsabilidad extracontractual.

El trabajo de investigación establecerá el estado del arte, el cual se presentará en un primer capítulo a denominarse: El daño especial como título de imputación de responsabilidad extracontractual por actos terroristas en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991. Y donde se abordarán los temas específicos: (i) la responsabilidad extracontractual del Estado, (ii) elementos, regímenes y títulos de imputación jurídica, de la responsabilidad extracontractual y, (iii) La jurisprudencia del Consejo de Estado sobre responsabilidad del Estado por actos terrorista a partir de la Constitución de 1991.

El segundo capítulo es contentivo del marco teórico y se denominará: El Estado Social de Derecho, Principios y Responsabilidades. En donde se abordarán los temas que sustentan el aporte personal sobre la hipótesis y la formulación de las conclusiones. Los temas serán: (i) Estado Social de Derecho y la responsabilidad extracontractual del Estado; y, (ii) El Daño como expresión del principio de solidaridad.

Como principal aporte del trabajo al derecho administrativo y en especial a la responsabilidad extracontractual del Estado, se plantea la tesis en el capítulo tercero, que se denomina: La inaplicación del daño especial como título de imputación; donde se reconoce su nueva naturaleza de expresión del principio de solidaridad.

Por último se presentarán las conclusiones del trabajo de investigación, formulando algunos interrogantes que exhortarán al estudio acerca del tema por parte de los juristas.

Como trabajo de investigación, tiene unos objetivos demarcados, uno general y otros específicos:

El objetivo General es examinar la aplicación del daño especial en los actos terroristas, como expresión del principio de solidaridad y como tal, fuente de compensación dentro del Estado Social de Derecho de la Constitución Política de 1991; desestimándolo como título de imputación de responsabilidad extracontractual por actos terroristas.

Los objetivos específicos son: (i) Establecer el Estado del Arte sobre la Responsabilidad del Estado por Actos Terroristas, (ii) Verificar los distintos regímenes y títulos de imputación, aplicados a los casos estudiados por el Consejo de Estado en la

¹⁰ CAPUTI, Claudia. Responsabilidad del Estado: Sistematización y Síntesis Jurisprudencial, Primera Edición, Ediciones Rap, Buenos Aires- Argentina, 2007.

responsabilidad por Actos Terroristas, a partir de 1991, (iii) Determinar el daño especial como expresión del principio constitucional de solidaridad a partir de la carta política de 1991; y, (iv) Demostrar la conveniencia para la seguridad jurídica, de adoptar el daño especial como fundamento de compensación en los actos terroristas.

La metodología (Analítica - Cualitativa¹¹) de estudio a aplicar para llevar a cabo el trabajo de investigación, impone la estructuración y realización del mismo en distintos momentos. En primer lugar, se propone efectuar un análisis conceptual de la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre los actos terroristas¹², para fijar el estado del arte y determinar los argumentos que soportan el cambio de régimen aplicable en cada caso concreto.

En segundo lugar, se resaltarán los elementos característicos de cada régimen de responsabilidad y de cada título de imputación, de los referentes jurisprudenciales que se tomen como ejemplo, para señalar las deficiencias de argumentación jurídica, y plantear cuál régimen de responsabilidad y bajo qué título de imputación se debe tratar el tema de los actos terroristas.

A continuación se desarrollará el marco teórico, valorando los temas relevantes para la conclusión de la aplicación del daño especial como expresión del principio de solidaridad, como fuente de compensación en los actos terroristas.

Con base en el cumplimiento de las etapas anteriores, se formulará la tesis de aplicación del daño especial como expresión del principio de solidaridad y su inaplicación como título de imputación jurídica del régimen objetivo, para los denominados “actos terroristas”.

Finalmente, se presentarán las conclusiones del trabajo de investigación, donde además se plantearán algunos interrogantes a dilucidar en posteriores investigaciones.

¹¹ Caracterizado por el análisis y revisión ordenada de cada uno de los elementos que forman parte del “todo” objeto de investigación; además de la observación de sus causas, naturaleza y efectos. Y se predica cualitativa por el acento o privilegio en las características especiales del objeto de estudio.

¹² Se acoge la idea de análisis conceptualista de la jurisprudencia, resaltando los fundamentos aplicados a cada caso. Ver al respecto LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo, “El derecho de los Jueces”. Editorial Legis, Primera Edición, Bogotá 2000, p. 146.

1.El daño especial como título de imputación de responsabilidad extracontractual por actos terroristas en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991

1.1 La responsabilidad extracontractual del Estado

La responsabilidad del Estado, es uno de los elementos que caracterizan al nuevo constitucionalismo; en Colombia solo a partir de la Carta Política de 1991 se consagró una clausula general de responsabilidad¹³. No obstante ello, no significa que antes de ello no se hubiera generado responsabilidad estatal, pero su fundamentación estaba dado por otro tipo de normas, sin rango constitucional.

El tratamiento de la responsabilidad estatal, ha tenido varias fases en su historia¹⁴, las cuales se pueden sintetizar brevemente en: la irresponsabilidad del Estado, la responsabilidad de los funcionarios, la responsabilidad indirecta del Estado, la responsabilidad directa del Estado (tesis organicista), la responsabilidad directa del Estado (tesis de falta o falla del servicio) y responsabilidad directa del Estado (tesis de la responsabilidad objetiva)¹⁵.

La primera fase de irresponsabilidad, parte desde la antigüedad, cuando el Estado era supremo y prevalente frente a los ciudadanos. Esta situación se presentó en las primeras civilizaciones como Atenas y Esparta. Posteriormente en época romana, continuó siendo así, no obstante existir el denominado Fisco, que era una persona moral distinta al Estado y al gobernante, y que tenía la capacidad de contraer obligaciones por medio del contrato. En este sentido al ser un sujeto capaz de ejercer derechos y contraer

¹³ “Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas...”

¹⁴ Respecto de este tema, ver entre otros: TAMAYO JARAMILLO, Javier. La Responsabilidad del Estado, Editorial TEMIS 2000; y BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro. La Responsabilidad Extracontractual del Estado, Primera Edición, Grupo Editorial LEYER, 1998.

¹⁵ También vale la pena ver los sistemas de responsabilidad patrimonial del estado en CASTRO ESTRADA, Álvaro. Responsabilidad Patrimonial del Estado: Análisis Doctrinal y Jurisprudencial Comparado, Propuesta Legislativa en México. Prólogo de Pedro G. Zorrilla Martínez. 3a. Ed. Editorial Porrúa. México 2006. XL, pp. 54 -88

obligaciones, era susceptible de enjuiciamiento ante un incumplimiento contractual como cualquier particular; no obstante, no tuvo responsabilidad.

En la Edad Media, no se concebía una responsabilidad del Estado ni de su Gobernante dada su investidura divina, lo que impedía atribuir o suponer una conducta perjudicial para los ciudadanos propiciada por el Estado. Se hablaba del principio de infalibilidad, el rey es infalible y en ese sentido, por ser el representante de dios, que no se equivocaba, pues no podía ser sujeto de responsabilidad alguna.

En Inglaterra y Francia, incluso con la importancia para la historia del derecho público, de las revoluciones liberales, ellas no atacaron este aspecto de irresponsabilidad del Estado y lo entendieron como regla general. En este sentido era claro que el soberano era quien establecía sus normas, y no era lógico que las instituyera y las violara o generara daños con su actuación.

En la segunda fase, se habla de la responsabilidad del funcionario, basada en la teoría de la soberanía popular, donde el poder emanaba del pueblo y los funcionarios del Estado, actuaban como mandatarios para realizar funciones, pero nunca para cometer ilícitos o perjudicar al ciudadano. Cuando se presentaba una conducta del funcionario, que excedía los límites legales, se demandaba al Estado bajo el sistema del “Acusado Nombrado” y se le daba la carga probatoria a la administración, de señalar qué funcionario había cometido la falta para que respondiera.

En la fase de responsabilidad indirecta del Estado, se tomó como punto de partida, el Estado de Derecho y la sujeción de la administración y sus agentes a la ley, en el ejercicio de sus funciones¹⁶. En este sentido, se pasó de la responsabilidad del funcionario a la responsabilidad del Estado, por cuanto ella estaba en la posición de un amo o patrono, frente a sus agentes y debía elegirlos y ejercer una vigilancia sobre los mismos; desarrollándose la responsabilidad por culpa in Eligendo y culpa in Vigilando¹⁷.

Posteriormente se pasa a la fase de responsabilidad directa, bajo la teoría organicista, que predicaba la responsabilidad de la administración por todo acto perjudicial al ciudadano, que ocasionara un agente suyo, pues era la persona que expresaba su voluntad y su decisión. Esta teoría incurría en una distinción de los funcionarios, entre los que actuaban en expresión de la voluntad de la administración y los que simplemente prestan el auxilio en los servicios de la administración¹⁸.

¹⁶ Ver entre otros RUIZ OREJUELA, Wilson. Responsabilidad del Estado y su Régimen, ECOE Ediciones, 2010.

¹⁷ En nuestro medio, se apeló a las normas consagradas en el Derecho Privado, y se dio la aplicación a los artículos 2347 y 2349 del Código Civil.

¹⁸ AREVALO, Héctor Darío. Responsabilidad del Estado y de sus Funcionarios, Tercera Edición, Editorial Ibáñez, 2006.

Teniendo como referente que la responsabilidad directa del Estado (organicista), se nutre de la denominada falla del servicio y se atribuye la responsabilidad por el cumplimiento de las funciones de sus agentes, cuando estos no satisfacen los requerimientos propios de sus funciones, sea por defecto o por exceso; se consolida de esta manera la denominada falla anónima del servicio, en virtud de la cual el Estado debe responder por la actuación de sus agentes, por cuanto expresan su voluntad en ese cumplimiento de funciones y que las mismas deben ser desarrolladas de manera diligente y adecuada.

Por último, en virtud de los estudios y avances de la jurisprudencia, se ha planteado la responsabilidad, basada en regímenes objetivos, por circunstancias que no involucran un defecto en el cumplimiento de sus funciones, pero suponen un daño que atendiendo las circunstancias particulares, debe ser indemnizado por el Estado, por cuanto son consecuencia de su actuar¹⁹.

Bajo estos regímenes, se han desarrollado distintas teorías como el daño especial, el riesgo excepcional, la ocupación de bienes inmuebles, la privación injusta de la libertad y la responsabilidad por detenidos y concriptos, entre otros.

Esta evolución de la responsabilidad extracontractual del Estado, que pudiere citarse con el fallo blanco hasta nuestros días, no ha sido ajena al derecho administrativo nacional. En este sentido, se puede señalar que en Colombia, se presentaron los mismos razonamientos y las mismas teorías para deducir responsabilidad extracontractual del Estado.

Vale la pena citar la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, de 28 de octubre de 1976, con ponencia de Jorge Valencia Arango, donde comparecía como actor el BANCO BANANERO DEL MAGDALENA²⁰, que cita a su vez, la sentencia de junio 30 de 1962, de la Sala de Casación Civil, con ponencia del Magistrado doctor José J. Gómez, donde se muestra con un orden y coherencia la evolución de la jurisprudencia, sobre el tema así²¹:

"Primero. Responsabilidad indirecta

"10. Esta fue la responsabilidad inicial de las personas morales del derecho privado y público, a causa de las culpas cometidas en daño de terceros, por sus funcionarios o dependientes, en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas.

¹⁹ Sobre este tema y su evolución en el Derecho Administrativo Francés, se puede ver: MARCEAU LONG, PROPEL WEIL, GUY BRAIBANT, P. DEVOLVÉ, B. GENEVOIS. Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Francesa, Segunda Edición, Ediciones del Profesional Ltda. 2009.

²⁰ *1.1 Radicación número: 1482; sentencia que sirve de referente para constatar la evolución de la responsabilidad extracontractual del estado, desde el régimen subjetivo, hasta el régimen objetivo que estudia en el caso sub judice.*

²¹ Es de recordar, que el Consejo de Estado Colombiano, asumió el conocimiento de estos asuntos a partir del año 1941, puesto que con anterioridad, era de competencia de la Corte Suprema de Justicia.

"Se reconoció esta responsabilidad partiendo del principio de que la persona jurídica se halla obligada a elegir sus agentes y a vigilarlos de manera cuidadosa, ya que son sus dependientes o subordinados, de suerte que si incurren en culpa, ejerciendo sus cargos, ésta se proyecta sobre la entidad jurídica, en la forma prevista en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil.

(...)

"Segundo. **Responsabilidad directa y responsabilidad por las "fallas del servicio público.**

"14. En relación con las personas jurídicas en general, contempladas ya doctrinariamente en el título 34, Libro IV, del Código Civil, y de manera concreta en los artículos 2347 y 2349 sobre responsabilidad indirecta, la evolución jurisprudencial halló insuficientes los fundamentos de esta última, ya por la inaplicabilidad de los deberes de escogimiento y control, que inspiran las situaciones previstas en los artículos 2347 y 2349 ora por la vinculación sui-géneris, necesaria, entre la estructura orgánica de la persona jurídica y sus agentes, cuya presencia en ella es esencial para su existencia efectiva, funcionamiento y consecución de sus fines. "La calidad de ficticias de las personas jurídicas - dijo la Corte - no permite en verdad establecer la dualidad personal entre la entidad misma y su representante legal, que se confunden en la actividad de la gestión".

"De esta manera la Jurisprudencia nacional, a partir de la casación de agosto 21 de 1939 (XLVIII. 1950, 663) inició la revaluación de los conceptos básicos de tal responsabilidad indirecta aplicada a las personas morales, conceptos diferentes - como acaba de decirse- a los deberes de vigilancia y selección del personal y a la naturaleza del vínculo entre el sujeto moral y sus empleados y recibió la nueva orientación de una responsabilidad directa la persona jurídica, por el quebranto patrimonial y moral que a terceros ocasionaren culposamente sus agentes, en ejercicio de sus atribuciones, con ocasión o pretexto de estas. El problema, fue desplazado, por tanto de los citados artículos 2347 y 2349, para vincularlo al principio general del artículo 2341.

(...)

"Tercero, **La responsabilidad según la tesis organicista.**

"20. Aceptada jurisprudencialmente la aplicabilidad de las normas del código civil sobre responsabilidad extracontractual a las personas jurídicas y privadas, no contempladas literalmente en las normas del título 34. Libro IV del código civil. Primero para imponerles una responsabilidad indirecta con la contribución de los artículos 2347 y 2349; después para fundar una responsabilidad directa, con arreglo en el principio general del 2341: luego, en cuanto a las personas de derecho público, para crear una responsabilidad por 'fallas del servicio' tal aplicabilidad del derecho civil se ensayo por ultimo con el ingreso a la jurisprudencia de la tesis organicista en relación con toda clase de personas morales, públicas y privadas.

"En efecto, la sentencia de mayo 15 de 1944 (LVII, 2010 a 2014, 793, y ss.) Consagró esta última concepción:

"Claro es que habrá necesidad - dice - de tener en cuenta la índole de las personas

morales para poder deducir consecuencias respecto al modo como comprometen su responsabilidad civil. La persona física se obliga con respecto a la responsabilidad en los casos en que ella actúa personalmente. O cuando interviene expresamente con su voluntad en el acto que ejecuta su subordinado: la persona moral habría de comprometer su responsabilidad directa cuando actúa su gerente o directiva u otros gestores suyos que tengan la representación especial de aquéllas para obligarla, pues solamente entonces puede decirse que es la persona moral misma la que obra. En los demás casos no es ella misma la que actúa, sino sus agentes, del propio modo que obran los agentes o subordinados de una persona física. . .

"Habrán órganos de la persona moral – agrega - cuando en la persona física que lo ejerce se halla 'el asiento de la voluntad que la dirige' y en los demás casos de personas que no encarnan su voluntad, ellas serán apenas sus agentes o representantes ordinarios, más no sus órganos".

(...)

"Cuarto. **El estado actual de la jurisprudencia**

"24. Los antecedentes expuestos demuestran que el, proceso jurisprudencial relativo a esta materia comenzó, antes de iniciarse el presente siglo, con la admisión de la responsabilidad indirecta de las personas jurídicas, incluso las de derecho público, por la culpa de sus agentes, sin distinción de categorías, deberes y oficios. Lo cual coloca a Colombia entre los países de vanguardia en América en lo que concierne a las transformaciones jurisprudenciales del derecho sobre responsabilidad extracontractual.

"Como medida inicial, la Corte tomó la siguiente del artículo 2347 del Código Civil sobre responsabilidad indirecta, que estaba circunscrita a las personas naturales, para llevarla al dominio de las personas jurídicas de derecho privado y público, como aparece de las citadas sentencias de 1896 (octubre 26) y 1898 (octubre 20) y de otras anteriores a que estas aluden. Después de una larga reiteración, esta doctrina sufrió una mudanza radical, como antes se expuso (Casación de agosto 21 de 1939 (XLVII, 1950, 663), por haber entrado a participar en la forma como de allí en adelante la jurisprudencia desató los litigios al respecto, el criterio de la responsabilidad directa, cuyas aplicaciones se sucedieron profusamente en tiempo posterior.

"Pero a la vez y desde el año de 1941 (sentencia de junio 31 LII, 1977. 117), fue acogida la tesis de la 'falla del servicio público', que basa la responsabilidad aquiliana del Estado, en la deficiencia o irregularidad del servicio, sin ligamento a un autor individualizado ni a la circunstancia de que esta sea funcionario superior o simple auxiliar. Aquí, el mismo poder renovador jurisprudencial apeló, artículo 2341 del Código Civil para sustentar en dicha tesis la responsabilidad civil de las personas públicas.

"En una palabra, de la tesis de la responsabilidad indirecta de las personas morales, hizo la Corte una intensa y uniforme aplicación hasta el año de 1939; pero, sin que hubiese dejado de seguir esta misma senda en no pocas sentencias posteriores, aquel año marco la aparición de la doctrina de la responsabilidad

directa; el de 1941 (fallo de junio 20 de LII. 1977. 117) la del sistema de las 'fallas del servicio público'; y el de 1944 (sentencia de mayo 15 LVII, 1977, 117), la del criterio organicista, hasta las mencionadas de 1969 y 1961, de modo que todas las expresadas formas participaron coetáneamente del favor de la jurisprudencia.

"25. Es, pues evidente que la doctrina aparece al respecto sin una definición uniforme. Las decisiones ya de la Sala de Negocios Generales, bien de la Casación Civil han franqueado los textos del derecho común a las personas jurídicas, públicas y privadas. Mas los diversos criterios se han entrelazado en un mismo periodo, sin duda por la complejidad y variedad de los casos que permanentemente se suceden y el afán de la rama jurisdiccional de buscar soluciones a tono con el progreso de la ciencia jurídica, en las que no han dejado de influir las nuevas directivas de la doctrina general contemporánea.

A la par de esta evolución en la responsabilidad también fue acuñándose la doctrina de la responsabilidad sin falta²²; en este sentido, la misma sentencia referida del Banco Bananero del Magdalena, precisa:

(...)

Más, el Consejo de Estado, desde 1947, había analizado extensamente la responsabilidad del Estado, por **hechos u operaciones administrativas, haciendo** clara diferencia entre las vías de hecho y la **operación administrativa** analizando profundamente la **responsabilidad sin falta u objetiva, frente al daño especial:**

Dijo:

"1º Vías de hecho. Operación administrativa. La responsabilidad del Estado. El daño especial".

" Es preciso ahora fijar el verdadero sentido de esta expresión, esto es, lo que debe entenderse comprendido dentro de ella, admitida como esta en el lenguaje jurídico, tanto más cuanto que quizás no existe texto legal que la defina. Habrá de recurrirse entonces a la opinión de los autores, así nacionales como extranjeros, especialmente a los invocados por el actor y por el señor Fiscal en el proceso.

"Según Hariou, citado por ambos y transcrito por el ultimo:

" "No hay operación administrativa sino en el ejercicio de un derecho que ha sido reglamentado en provecho de la administración, con empleo del procedimiento correspondiente" "

" "La sanción de este principio consiste en lo que se llama la vida de hecho, es decir que:

" "1º La administración comete una vía de hecho o una usurpación de poder, si usa un derecho que no ha sido previa y formalmente reglamentado.

" "2º La administración comete una vía de hecho o una usurpación de poder si usa un derecho que posee realmente, pero sin observar los procedimientos que le son impuestos, protectores de los intereses de terceros.

²² Dicho estudio fue abordado por el Consejo de Estado.

" "En ambas hipótesis, la víctima de la vía de hecho o de la usurpación de poder, puede demandar ante los Tribunales judiciales la reparación del daño que le ha sido causado, y esto, bien en contra del agente, bien en contra de la administración misma; los tribunales judiciales son competentes precisamente por hallarse en presencia de un asunto de derecho común y no de una operación administrativa.

En la actualidad, la responsabilidad del Estado, se ha enmarcado dentro de los parámetros constitucionales del artículo 90; empero, este artículo de la Carta, sólo ofrece una disposición general que debe ser desarrollada por la ley. Sin embargo, esto no ha ocurrido y lo que se tiene hoy dentro del ordenamiento jurídico colombiano frente a este tema, ha sido fruto del trabajo del máximo órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo²³.

1.2 Elementos, regímenes y títulos de imputación jurídica, de la responsabilidad extracontractual.

Mucho se ha escrito sobre la responsabilidad extracontractual, desde su nacimiento como disciplina de estudio dentro del derecho. Desde su concepción en el derecho privado, amparado en el concepto de culpa, se ha determinado cuales son los supuestos para que se pueda hablar de la misma; en este sentido, se tiene definido de manera concluyente que son tres a saber: El Hecho Dañoso, El Daño Antijurídico²⁴ y El Nexo Causal.

La responsabilidad extracontractual del Estado, que en sus inicios se nutrió de las disposiciones del código civil²⁵, también prohijó estos tres elementos de la responsabilidad²⁶. Teniendo en cuenta la pretensión del presente trabajo, no se ahondará

²³ En vigencia de la Constitución Política de 1991, solamente puede hablarse de una disposición legal que de manera concluyente ha desarrollado la responsabilidad del Estado del artículo 90, en el ejercicio de algunas funciones. La ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270 de 1996), en el Título III, capítulo VI "De la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios y empleados judiciales", en los artículos 64 y siguientes, regula la responsabilidad por falla en la administración de justicia.

²⁴ Realmente la concepción del Daño Antijurídico en nuestro medio, se registra a partir de la Constitución Política de 1991, cuando lo establece en su artículo 90. Anteriormente se hablaba del daño o perjuicio.

²⁵ Las normas del TÍTULO XXXIV. "RESPONSABILIDAD COMUN POR LOS DELITOS Y LAS CULPAS", del Código Civil.

²⁶ Algunos autores abordan el estudio de la responsabilidad extracontractual del Estado, de conformidad con la jurisprudencia actual del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, tomando como elementos principales el daño y la imputación. No obstante lo anterior, el presente trabajo estudia los elementos de la responsabilidad extracontractual, partiendo del hecho dañoso, el daño y el nexo causal; sin que ello implique el desconocimiento de la importancia del daño

en la evolución y desarrollo de cada uno de ellos; se precisará su definición, contenido y alcance.

Los presupuestos de la responsabilidad extracontractual del Estado, son los requisitos sine qua non, que se verifican por la conjunción y realización de los elementos y que dependerá, en cada caso concreto, del régimen aplicable²⁷. En este sentido, cuando estamos ante un régimen subjetivo, denominado también responsabilidad con falla o falta, serán unos los presupuestos para declarar responsabilidad, y serán otros los presupuestos cuando se esté ante un régimen objetivo, denominado también responsabilidad sin falla o falta.

En este orden de ideas, se hará una breve exposición sobre los presupuestos de la responsabilidad extracontractual, y en especial, de los regímenes aplicados a los casos de actos terroristas.

Ahora bien, por último cobra suma importancia en el desarrollo de este capítulo, determinar los títulos de imputación jurídica, entendidos estos como las razones, causas o fundamentos jurídicos de atribución de responsabilidad. Precisamente es necesario presentar los distintos jurídicos de imputación y en especial los aplicables a los casos de actos terroristas en los distintos regímenes de responsabilidad extracontractual, por cuanto ellos convierten en la “acusación jurídica de la responsabilidad del Estado”.

1.2.1. Elementos

Frente al elemento del “hecho dañoso”, vale la pena señalar que tradicionalmente fue concebido como el elemento más importante y ligado al concepto de culpa, quizá como consecuencia lógica de la forma en que se desarrolló y evolucionó la responsabilidad extracontractual²⁸. Desde ya es importante acotar que en el estado actual de la responsabilidad extracontractual, prevalentemente en el régimen objetivo, no es cierto que pierda cuidado la verificación del hecho dañoso, no; lo que ocurre es que deja de ser verificado solo y exclusivamente bajo la óptica de la conducta desviada, generadora de falla del servicio o culpa (en sus inicios), para atender de manera precisa su ocurrencia en el mundo fenomenológico, sin calificación o juicios de valoración alguno.

Vale recordar que entratándose de la responsabilidad extracontractual del Estado, debe partirse de lo esencial; qué es Estado o como está integrado. Y posteriormente, verificar cuáles son sus formas de expresión. En este orden de ideas, la carta política en su artículo 113 establece:

como elemento nuclear de la responsabilidad extracontractual, así como la verificación de la imputación desde sus dos expresiones, fáctica y jurídica.

²⁷ En cada régimen se verificará la ocurrencia de los tres elementos, sin embargo, dependiendo de cada uno de ellos, se pondrá el acento en uno u otro elemento. Se precisará más adelante el tema.

²⁸ Recordemos el estudio de la responsabilidad extracontractual, bajo las normas de las culpas en materia civil.

“ARTICULO 113. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.

Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.”

Sobre la estructura del Estado como tema del derecho público, se han realizado importantes estudios²⁹, no obstante por la pretensión del presente escrito, no se abordarán las discusiones que se pudieren presentar en la doctrina frente a la presentación de la estructura del Estado y la ubicación dentro del mismo de sus entidades, organismos, órganos y autoridades.

Se ha establecido entonces, que se conforma el Estado por las tres ramas del Poder público (ejecutiva, legislativa y judicial), órganos autónomos e independientes (órganos de control y autoridades electorales), así como algunas instituciones que tienen raigambre constitucional y se les reconoce por la misma carta su existencia y naturaleza (órganos de naturaleza especial constitucional). En este orden de ideas, todas las autoridades públicas³⁰ mencionadas, son susceptibles de ser enjuiciados en responsabilidad extracontractual³¹.

En virtud del Estado Social de Derecho, las autoridades públicas deben actuar ceñidas a la ley, en desarrollo de los cometidos funcionales y la misión u objetivo principal que ha determinado el ordenamiento jurídico para ellas³². En este sentido, todas actúan en cumplimiento de sus funciones y la expresión, o mejor, la forma jurídica que adopte esa expresión dependerá de la función que se ejerza.

Así las cosas, el acto jurídico principal de expresión de la rama legislativa en virtud de la función legislativa, serán la ley y el acto legislativo. En cuanto a la rama judicial se refiere en virtud de la función de administrar justicia, su expresión será la jurisprudencia. Ahora bien, casi que en un ejercicio de deducción por contraposición, lo que no es ejercicio de

²⁹ Ver por ejemplo RODRÍGUEZ Libardo. Estructura del poder público. Ed. Temis. 8ª. Edición, Bogotá, 2001, 230 p; también IBÁÑEZ Najar, Jorge. Las funciones Públicas en Colombia y la Estructura del Estado para cumplirlas. Ed. Ibáñez. Bogotá 2006, 376 p.

³⁰ Utilicemos este concepto para integrar todas las mencionadas instituciones que coexisten en el Estado Colombiano; además prohijando la concepción señalada en el artículo 90 de la misma carta política.

³¹ La única excepción que pudiera mencionar, es el caso del constituyente derivado cuando mediante actos legislativos, reforma la carta política y dicha reforma ocasione daños. En este caso la jurisprudencia del Consejo de Estado, aun no lo ha permitido, lo que en mi criterio no es dable por cuanto el artículo 90 es muy claro cuando presenta el ámbito de responsabilidad y en ningún momento hace exclusiones derivado de la función que se trate.

³² Recordemos que el principio de legalidad de la función se consagra en el artículo 122, cuando señala que “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento...”

función legislativa o judicial, es función administrativa, independientemente de quien realice la misma³³; vale decir que la rama ejecutiva puede manifestarse mediante los actos, hechos, operaciones, omisiones y contratos.

En conclusión el hecho dañoso, consiste en la actuación u omisión de las autoridades públicas, y que se da como ejercicio de las funciones que le corresponden, sin adentrarse en juicios de valor sobre la conducta de los agentes estatales, por cuanto hoy día no hace calificación alguna el artículo 90 de la carta política sobre la actuación u omisión; no siendo dable distinguir al operador donde la norma no distingue, máxime si es de rango constitucional la misma.

El análisis de la conducta como tal se realizará en el caso concreto dependiendo del régimen que se aplique al caso concreto, determinándose para el caso del régimen subjetivo, un hecho dañoso caracterizado por una conducta desviada de la ley, sea por conducta directa, sea por una omisión; o por una deficiencia en la prestación del servicio (en la actuación administrativa), cuando no se cumple de manera absoluta con todos los requerimientos del servicios (oportunidad, integralidad y diligencia). Cuando se esté en presencia del régimen objetivo, carecerá de objeto realizar un juicio de valor o calificación sobre la conducta desplegada por la autoridad.

Otro aspecto importante respecto del hecho dañoso, es que no siempre lo realiza directamente el Estado, sino que de manera física puede provenir también de un particular³⁴. Frente al mismo vale precisar que pueden presentarse dos eventos: el primero cuando es un hecho de un tercero como en los actos terroristas, y el segundo cuando es un particular que cumple funciones públicas (aquí se incluye quien haya obrado siguiendo instrucciones de la autoridad pública).

Frente a estas dos excepciones al hecho dañoso realizado por el Estado, se harán los comentarios en cuanto a la causalidad y a la imputabilidad, por cuanto ello se materializa en ocasiones en una falla del servicio y en otras, en títulos de riesgo excepcional y daño especial.

Cuando en el ejercicio de sus funciones las autoridades públicas causen daño a los particulares, se activa la cláusula de responsabilidad del artículo 90, para que se reparen los daños antijurídicos irrogados. Debe señalarse que esta cláusula incluye todos los daños y todas las responsabilidades³⁵ (contractual y extracontractual) y todas las distintas expresiones de las autoridades.

³³ Frente al tema del ejercicio de las funciones esenciales del estado, se ha establecido en la carta política de 1991, un orden de colaboración armónica donde una rama ejerce de manera principal una función, pero no de manera exclusiva, permitiendo que la función sea cumplida por otras ramas. Al respecto ver a IBAÑEZ Najar, Jorge. Las funciones Públicas en Colombia y la estructura del Estado para cumplirlas. Ed. Ibáñez. Bogotá 2006. P. 376.

³⁴ Ver por ejemplo, la Responsabilidad del Estado por el hecho de un tercero, en Sentencia C-1235-05, entre otras.

³⁵ Corte Constitucional, sentencia C-1174-04.

Lo visto hasta aquí, no quiere decir que el hecho dañoso como elemento de responsabilidad pierda importancia frente al elemento daño, que se planteara en regiones seguidas; sino que se parte hoy por verificar en primera medida la ocurrencia del daño antijurídico.

En lo que respecta al daño como elemento de la responsabilidad extracontractual del Estado, cabe recordar el estudio realizado por el autor Juan Carlos Henao, quien de manera coherente abordó el tema en sus distintos aspectos³⁶; dentro de la cual se puede concluir con él, que el daño es la afectación o alteración a un estado o condición de bienestar, que se verifica en el patrimonio de la víctima. El elemento del “Daño antijurídico”, constituye el principal elemento de la responsabilidad extracontractual, por cuanto si no existe este, no habrá aquella³⁷.

Frente al concepto de daño, la obra citada, recoge los conceptos que sobre el mismo ha expresado la doctrina, en los siguientes términos: “daño no significa más que nocimiento o perjuicio, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable”³⁸. “daño es lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que la acongoja”³⁹. “daño civil indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial o extrapatrimonial”⁴⁰. “en el lenguaje corriente- la expresión ‘daño’ significa todo detrimento, menoscabo o perjuicio que a consecuencia de un acontecimiento determinado experimenta una persona en sus bienes espirituales, corporales, o patrimoniales, sin importar que la causa sea un hecho humano, inferido por la propia víctima o por un tercero, o que la causa sea un hecho de la naturaleza”⁴¹. “significa el menoscabo que se experimenta en el patrimonio por el detrimento de los valores económicos que lo componen (daño patrimonial) y también por la lesión a los sentimientos, al honor o a las afecciones legítimas (daño moral)”⁴².

Ahora bien, se ha podido establecer que el daño debe tener ciertas características o condiciones para ser tenido como tal en un proceso de responsabilidad; en este sentido,

³⁶ HENAO Juan Carlos, “El Daño”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 1998 (2007), p. 346.

³⁷ Ídem, p. 37.

³⁸ DE CUPIS. El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil, p. 81; citado por HENAO Juan Carlos, ob. Cit. p. 84.

³⁹ HINESTROSA Fernando, derecho de Obligaciones, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1967, p. 529. citado por HENAO Juan Carlos, ob. Cit. p. 84.

⁴⁰ TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la Responsabilidad Civil cit., T. 2, p. 5, citado por HENAO Juan Carlos, ob. Cit. p. 84.

⁴¹ GIL BOTERO, Enrique. Responsabilidad Contractual de la Administración Pública. Ed. Temis, Bogotá 1989, p. 165. citado por HENAO Juan Carlos, ob. Cit. p. 84.

⁴² BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil. 4ª Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1983, p. 143. citado por HENAO Juan Carlos, ob. Cit. p. 84.

se habla que debe ser personal y cierto⁴³. Sin embargo la misma carta política impone una nueva característica al daño, haciendo la calificación del mismo como antijurídico⁴⁴.

Esta calificación abrió la discusión sobre el tema llegando a conclusiones que dan cuenta de una abstracción e indefinición. “En abstracto, el concepto de daño antijurídico nada significa, pues al no ser definido por el art. 90 de la Constitución, la conclusión se queda en el punto de partida”⁴⁵.

El daño antijurídico se puede entender como aquel perjuicio a que el individuo no está obligado a soportar por el hecho de convivir en sociedad, por contraposición a algunas afectaciones que se reflejan en el patrimonio (daños patrimoniales), como el pago de impuestos. En este sentido, ha sido definido por la Corte constitucional como⁴⁶:

“El perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. La Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización...”

En otras ocasiones, ha tratado de ser más simple y concreta en la definición del daño antijurídico, y ha señalado⁴⁷:

⁴³ Ídem, p. 85.

⁴⁴ También se señala por la jurisprudencia del Consejo de Estado que debe ser cierto, actual y determinable; no obstante la certeza y la actualidad no distan de lo expuesto por cuanto se requiere que sea cierto, y la actualidad refiere a que se presente en el momento del hecho (consolidado) aunque se prolongue en el tiempo el perjuicio (daño futuro). Frente al aspecto de determinable, refiere más a la cuantía del mismo, lo cual no es condición para que exista el daño.

⁴⁵ TAMAYO JARAMILLO, Javier. La responsabilidad del Estado. Ed. Temis., Bogotá 1997, p 45.

⁴⁶ Entre otras Sentencias de la Corte Constitucional: C-333-98, C-965-03, C-038-06, C1074-02 y C-892-01.

⁴⁷ Corte Constitucional Sentencia C-100-01.

“Esta Corporación, siguiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha indicado que éste puede definirse como aquella lesión patrimonial o extrapatrimonial, causada en forma lícita o ilícita, que el perjudicado no está en el deber jurídico de soportar.”

Por su parte el Consejo de Estado, desde los inicios de la Carta Política de 1991, hizo un análisis sobre la calificación de antijurídico del daño; en este sentido, se apoyó en la doctrina española de la siguiente manera⁴⁸:

“En la materia que se estudia, la Sala reitera la pauta jurisprudencial que fijó en sentencia de 31 de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991). Expediente No. 6515, Actor: Fabio Ruiz Ospina, Demandado La Nación--Ministerio de Obras Públicas - Fondo Vial Nacional en la cual se razona dentro del siguiente temperamento:

"Es verdad que en la ley de leyes no se define el concepto de "daños antijurídicos", realidad que lleva a indagar el alcance actual del mismo. Y es la doctrina española la que lo precisa en todo su universo. Para LEGUINA, "... un daño ser 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. Pg. 554).

"Dentro del anterior perfil, la responsabilidad se torna OBJETIVA, pues como lo enseña este último tratadista.

"... 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. 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

⁴⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Julio Cesar Uribe Acosta, de 22 de noviembre de 1991, radicación número: 6784, actor: Emilia Guido de Mazonett.

estando obligados por imperativo legal u otro vínculo jurídico a soportar, son 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 sólo 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 procesal directa contra la misma, sin que sea para ello preciso identificar si en el mencionado actuar lesionante hubo comportamiento voluntario, doloso o culposo, de la persona o personas que encarnan el órgano administrativo que lo produjo, máxime cuando el daño o perjuicio hubiera sido originado por un comportamiento institucional".

"Dentro del mismo universo discurre el Profesor Eduardo García de Enterría, quien sobre el particular enseña:

"2. El concepto técnico-jurídico de 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 garantías 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, 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.

"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 (antijuridicidad subjetiva), sino, más simplemente, porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo (antijuridicidad 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, aún cuando 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 el perjuicio de que se trate".

"Este nuevo enfoque de la responsabilidad administrativa en el derecho colombiano se consignó en sentencia de 27 de junio de mil novecientos noventa y uno (1991), Expediente No. 6454, Actor: EDGAR, PEREZ RODRIGUEZ. Demandado Instituto de Crédito Territorial, y se reitera ahora. Fácilmente se comprende que los ciudadanos que transitan por las vías públicas no tienen porqué soportar ningún detrimento patrimonial por el hecho de hacerlo. La sola circunstancia de que una piedra se desprenda de las alturas, y cause un daño al peregrino que pasa, permite afirmar que se ha registrado una ANTIJURICIDAD OBJETIVA, dentro del temperamento en que discurre el profesor García de Enterría en el aparte de su obra ya transcrito".

La jurisprudencia del alto tribunal constitucional como de lo contencioso administrativo, han sido concordantes en el entendimiento del concepto, definición y alcance del daño antijurídico, concluyendo su relevancia y novedad como fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado (también de la contractual) y como requisito sine qua non, para su declaratoria.

Ahora bien, otro de los aspectos que se analizan dentro del elemento daño es las formas, tipos, clases o modalidades en que se presenta. En este sentido, el mismo autor HENAO⁴⁹, cita las tipologías del daño, retomando las clasificaciones elaboradas por los doctrinantes en la materia; de esta manera señala que para el profesor Chapus⁵⁰, "según

⁴⁹ HENAO Juan Carlos, "El Daño". Universidad Externado de Colombia. Bogotá 1998 (2007), p. 190.

⁵⁰ CHAPUS. Responsabilité publique, p. 408, citado por HENAO Juan Carlos, ob. cit. p. 190.

su naturaleza, bajo la forma de perjuicio material – supone una pérdida económica – o de perjuicio moral – por su naturaleza no económica, no pecuniaria-. Para los hermanos Mazeaud⁵¹ “en el primer caso (daño material), existe un perjuicio material, pecuniario o patrimonial; en el segundo, perjuicio moral, extrapecuniario o extrapatrimonial”.

En este sentido, queda sentado que puede presentar dos modalidades, clases o tipologías, entendiéndose de perjuicios directamente relacionados con el patrimonio económico (daños materiales o patrimoniales) o de perjuicios que afectan la condición de o estado anterior de bienestar pero no el patrimonial.

Frente a la tipología se ha discutido mucho en la jurisdicción contenciosa administrativa, sobre todo en el reconocimiento de los llamados daños extrapatrimoniales o inmateriales⁵². Al respecto, debe señalarse que no existe una norma que consagre expresamente las tipologías que pudieren presentarse del daño; lo cual es absolutamente lógico en el entendido que cada lesión a derechos puede conllevar una tipología distinta. Sin embargo, conforme la jurisprudencia de este alto tribunal, las categorías que caben dentro del daño patrimonial son: el daño emergente y el lucro cesante; y en cuanto al daño extrapatrimonial son: el daño moral, el daño a la vida de relación, el fisiológico, el estético, y el de la salud.

El Consejo de Estado en sentencia del 25 de noviembre de 1997, expresó⁵³:

“La Sala considera que en el presente caso puede hablarse de la existencia de perjuicios fisiológico ya que se encuentra plenamente acreditada la disminución del pleno goce de la existencia por el hecho de que la lesión sufrida afectó el desarrollo de actividades esenciales y placenteras de la vida diaria, la práctica de actividades recreativas, culturales, deportivas, el deseo sexual y la capacidad para la realización del mismo. Si bien el demandante de manera expresa no formuló una pretensión indemnizatoria con relación al llamado perjuicio fisiológico, la interpretación racional de la demanda conduce a otra conclusión, como se desprende del ordinal 10o. del capítulo de los hechos, donde lo confunde con el daño moral cuando expresa: "Ese perjuicio moral es tanto mayor en el caso del menor, pues éste cuando empiece a conocer su cuerpo y a ser consciente de sus funciones vitales, va a saber de su impotencia absoluta para procrear y tendrá que aceptar que su vida como hombre no tendrá ningún sentido. - Ello le causará complejos de toda clase y su comportamiento personal y social se verá seriamente afectado". En consecuencia, dada la magnitud del mismo, la Sala reconocerá el equivalente a dos mil gramos oro (2000), por este concepto. La indemnización del

⁵¹ MAZEAUD y TUNC. Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, cit., T. I, Vol. I, p. 298. citado por HENAO Juan Carlos, ob. cit p. 190.

⁵² Concepto que acoge como correcto el citado autor HENAO, p. 192.

⁵³ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque de 25 de septiembre de 1997, radicación número: 10421, actor: María Edelmira Cano y Otro.

perjuicio estético siempre se ha entendido dentro del rubro del daño moral pero nunca dentro del mal llamado perjuicio fisiológico.”

Por su parte en decisión del 25 de enero de 2001, señaló lo siguiente⁵⁴:

“En relación con la naturaleza del perjuicio causado, la Sala advierte que se solicitó en la demanda la indemnización de los perjuicios materiales y morales sufridos por el demandante. Encontró el a quo demostrado sólo el daño moral sufrido y condenó a la entidad demandada al pago de la suma solicitada, esto es, el valor equivalente a mil gramos de oro. La Sala considera apropiada la condena impuesta por el tribunal; sin embargo, es importante aclarar que, en el presente caso, el demandante sufrió, a más de un daño moral, un daño a la vida de relación, y respecto de la solicitud de indemnización de ambos rubros, bien podía el fallador encontrarla en la demanda, haciendo uso de sus facultades interpretativas. En efecto, aunque en ella sólo se solicita la indemnización del daño extrapatrimonial de carácter moral, al presentarse los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones, se alude no sólo al estado de zozobra, angustia y temor generado en el demandante –que supone la existencia de padecimientos que constituyen, sin duda, afecciones directas a los sentimientos y consideraciones íntimos del ser humano, y que generan, por lo tanto, un típico daño moral–, sino a la necesidad que tuvo, como consecuencia de tal estado, de separarse de su esposa y su hijo recién nacido, cambiando de domicilio durante algún tiempo, así como a la violación de su derecho a la honra. Estos últimos hechos dan lugar a la existencia de un daño extrapatrimonial diferente del moral, que rebasa la esfera interna del individuo y se sitúa en su vida de relación. En el caso que ocupa a la Sala, resulta evidente que el demandante sufrió tanto daño moral como daño a la vida de relación. Las afectaciones que constituyen el primero han sido explicadas con anterioridad y se refieren, especialmente, a la preocupación, el temor y la angustia que le produjo el hecho de ser acusado públicamente de haber participado, como autor intelectual, en la comisión de un delito tan grave como lo fue la masacre de Caloto, ocurrida el 16 de diciembre de 1991. Pero la misma publicación generó, para el demandante, una grave afectación extrapatrimonial en su vida exterior. Varios de los testigos se refieren, por una parte, al hecho de que su primer hijo acababa de nacer, cuando se produjeron las publicaciones citadas, y a la necesidad en que se vio Márquez Henao de separarse de él y de su esposa, mientras se aclaraba la situación, dado que temía por su vida. Algunos se refieren, inclusive, a llamadas amenazantes recibidas en su casa. Lo anterior implicó, sin duda, una alteración importante de su vida de relación y concretamente de sus relaciones familiares y sociales, que se vieron suspendidas por un período determinado. Adicionalmente, mencionan algunos testigos la afectación sufrida por el demandante en su derecho a la honra, afectación que también puede inferirse, en este caso, con fundamento en el contenido y el grado de difusión de las

⁵⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez de 25 de enero de 2001, radicación: 11413 actor: Gilberto Márquez Henao

publicaciones efectuadas, teniendo en cuenta que aquél, conforme se encuentra establecido en el proceso, había sido siempre considerado por sus allegados y conocidos como una persona íntegra, correcta y trabajadora, incapaz de cometer un acto tan atroz como el que se le imputaba. Si bien en este caso no puede considerarse que exista responsabilidad de los medios de comunicación, que, como se ha demostrado, se limitaron a publicar una noticia cierta, esto es, el contenido del informe del Departamento Administrativo de Seguridad, es claro que la argumentación expuesta por la Corte Constitucional en sentencia T-512 del 9 de septiembre de 1992, es pertinente para comprender la vulneración que se produjo en el derecho a la honra del demandante, que resulta imputable a la citada entidad estatal, la cual, a través de dichos medios, difundió la información. En lo que atañe a la reparación del perjuicio y tratándose, concretamente, de la vulneración del derecho a la honra, se ha aceptado que ella se realiza mediante la rectificación efectuada por quien distribuyó la información errónea, utilizando los mismos medios y con una difusión similar.”

En reciente pronunciamiento, ha señalado frente a los daños extrapatrimoniales⁵⁵:

“En relación con el perjuicio fisiológico, es importante señalar que, ya sea desde la posición de la Sección Tercera -daño a la vida de relación o alteraciones a las condiciones de existencia-, o desde la perspectiva del Consejero Ponente, -daño a la salud-, analizado al acervo probatorio allegado al expediente, esto es, el reconocimiento médico legal y los testimonios recibidos en primera instancia, no se halla demostrada una vulneración que implique la existencia de este daño inmaterial, puesto que la naturaleza de la lesión y sus consecuencias, no comportan la magnitud suficiente para su estructuración ontológica.”

Por último en cuanto al Nexo Causal como elemento de la responsabilidad extracontractual del Estado, se ha señalado que el mismo está estrechamente ligado con la imputación jurídica. Señala el autor ISIDORO GOLDEMBERG⁵⁶ que se puede caracterizar como el enlace entre un hecho antecedente y un resultado ‘imputatio facto’ o ‘vínculo material’; en tanto que la reelaboración a nivel jurídico de dicha conexión, con las particularidades que le atribuyen las teorías tradicionales de la relación causal, conducen al concepto de ‘relación causal’.

Agrega el mismo autor, “la formulación de la teoría de la determinación causal: ‘nada puede existir ni dejar de existir sin causa’, o, en otros términos ‘todo efecto es generado por una causa’, debe ser entendida como método del conocimiento humano, ya que

⁵⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, de 13 de abril de 2011, radicación número: 05001-23-24-000-1995-00458-01(20549).

⁵⁶ Ver a GOLDEMBERG, Isidoro. La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil, buenos aires, Astrea 1998, p. 1, en SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública. Ed. Ibáñez., 2008, Bogotá, p.533.

como doctrina explicativa del mundo de la naturaleza y de sus mutaciones conlleva necesariamente el reconocimiento de un primer fenómeno incausado, un comienzo no causado pero que es el que causa todo, o bien aun infinita regresión de causas y efectos (regresus ad infinitum)⁵⁷.

En el ámbito del derecho el análisis causal de la responsabilidad no se ha basado tradicionalmente en el orden natural de causas sino en la voluntad de la ley⁵⁸. Esta voluntad responde a finalidades antes que a mecanismos; es decir, mientras que la naturaleza está tramada por las causas eficientes (relación causa-efecto) que crea mecanismos automáticos o regularidades fácticas, el Derecho está tramado por propósitos sociales que establecen vinculaciones entre los hechos con miras a la realización de ciertos valores o fines sociales⁵⁹.

Frente a la causalidad se han desarrollado diversas teorías como la equivalencia de las condiciones y la de la causalidad adecuada. La primera de las teorías, según la cual todas las condiciones que se registran en curso causal son equivalentes y determinantes de igual manera para la consecuencia; en este sentido, si se aparta o no se registra una de esas condiciones, no se puede obtener el resultado. Fue propuesta en 1858 por GLASER quien se inspira en los trabajos del filósofo y economista inglés JOHN STUART MILL, quien en 1843 postula que solo en forma excepcional puede afirmarse que una consecuencia es resultado de una única causa, pues por regla general en la producción de los efectos participan diversos antecedentes⁶⁰.

En lo que respecta a la causalidad adecuada, esta teoría fue atribuida al médico Von Kries y desarrollada también por Von Bar, parte o presupone la teoría de la equivalencia. Pero alegando la indefinición de aquella, sostiene la necesidad de distinguir causa y condiciones, de tal manera que una condición adquiriría la categoría de causa solo cuando de acuerdo con la forma regular o normalmente se desarrollan los fenómenos conduzcan a un resultado, es decir, cuando de acuerdo con las reglas generales de la vida, de conformidad con la experiencia general, esa condición sea adecuada para la producción de determinado resultado⁶¹.

⁵⁷ Ídem, p. 534.

⁵⁸ Ídem, p. 536.

⁵⁹ DE TRAZEGNIES, Fernando, La Responsabilidad Extracontractual. 5a. ed., Lima, Fondo Editorial de la Universidad católica del Perú, p.306. Ob. cit. Ídem, p. 536.

⁶⁰ REYES ALVARADO, Yesid. Imputación Objetiva. Bogotá Ed. Temis 1996., p. 8. Ob. Ídem p. 537.

⁶¹ Ídem, p 342.

La jurisprudencia del Consejo de Estado frente al Nexo Causal ha señalado⁶²:

“Respecto de la causalidad como elemento de responsabilidad del Estado, en casos similares al que hoy se analiza, la Sala ha sostenido: “Más allá de la compleja cuestión relacionada con la identificación de los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual del Estado a partir de la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991, incluso frente a supuestos que han dado lugar a comprensiones —al menos en apariencia— dispares en relación con dicho extremo, la Sala ha reconocido que con el propósito de dilucidar si procede, o no, declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en cualquier supuesto concreto, resulta menester llevar a cabo tanto un análisis fáctico del proceso causal que, desde el punto de vista ontológico o meramente naturalístico, hubiere conducido a la producción del daño, como un juicio valorativo en relación con la posibilidad de imputar o de atribuir jurídicamente la responsabilidad de resarcir el perjuicio causado a la entidad demandada; dicho en otros términos, la decisión judicial que haya de adoptarse en torno a la responsabilidad extracontractual del Estado en un caso concreto debe venir precedida de un examen empírico del proceso causal que condujo a la producción del daño, de un lado y, de otro, de un juicio, a la luz de los diversos títulos jurídicos de imputación aplicables, en torno a la imputabilidad jurídica de dicho daño a la entidad demandada. En consecuencia, no debe desdeñarse la importancia de precisar con mayor rigor, en el plano jurídico del Derecho de Daños, el concepto filosófico de causa, toda vez que en esta parte del universo del Derecho dicha noción “no se trata para nada de causa y efecto, en el sentido de las ciencias naturales, sino de si una determinada conducta debe ser reconocida como fundamento jurídico suficiente para la atribución de consecuencias jurídicas, o sea de la relación de fundamento a consecuencia.”

En el ámbito de la jurisprudencia colombiana sobre el nexo causal como elemento de la responsabilidad extracontractual del Estado, se verifica una causalidad jurídica y no física o natural, por cuanto si no existe la causalidad jurídica, conllevaría la imposibilidad de imputación al Estado.

1.2. 2. Regímenes

Los presupuestos de la Responsabilidad jurídica estarán relacionados rectamente con el régimen aplicable al caso concreto. En este sentido, deberá precisarse cuales son los regímenes existentes para señalar en cada régimen los presupuestos para derivar responsabilidad.

⁶² Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, de 26 de enero de 2011. Radicación No.: 25000-23-26-000-1994-00413-01(18992). Actor: Carmen Elisa Moreno de Olaya y Otros.

En la responsabilidad extracontractual del Estado se ha establecido la existencia de dos regímenes, el subjetivo y el objetivo. El primero se erige como el régimen general de deducción de responsabilidad del Estado⁶³, según el cual, el Estado realiza las actividades que tiene a su cargo mediante las formas de expresión ya mencionadas (para la rama ejecutiva el acto, hecho, operaciones y omisiones), pero en desarrollo de las mismas genera una actuación contraria al derecho y básicamente al cometido funcional.

El régimen subjetivo se constituyó como el régimen general de la responsabilidad extracontractual del Estado, por cuanto el mismo se basa en la falla del servicio, es decir en el incumplimiento de las funciones, la cual encontraba su fuente en el artículo 16 de la carta política de 1886⁶⁴, razón por la cual se partió de la evaluación de la actuación del Estado, en aplicación del principio de legalidad.⁶⁵

En este orden de ideas, se parte de una indebida actuación del Estado, que puede en ocasiones ser ilícita; sin embargo, solamente se requiere que la conducta sea contraria a los deberes de diligencia, buena fe y servicio, que debe primar en el ejercicio de las funciones. Al respecto el artículo 2 de la carta política señala:

“ARTICULO 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

Por su parte el artículo 209 de la carta política determina los principios que orientan la actuación administrativa, en los siguientes términos:

“ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones...”

⁶³ Ver en HERNANDEZ ENRÍQUEZ, Alier y Otro. “la Responsabilidad Patrimonial Extracontractual del Estado Colombiano”. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá 2007; pp. 12-14.

⁶⁴ Recordemos que es a partir de 1941, cuando asume la competencia el Consejo de Estado para deducir la responsabilidad extracontractual del Estado, que se comienza a ubicar el fundamento en el citado artículo, superando la fundamentación en las normas del Código Civil.

⁶⁵ Ídem.

En este orden de ideas, el ordenamiento jurídico y el Estado Social de Derecho impuesto en el mismo, establece de manera coherente unos fines, la estructura para cumplirlos, la forma en que se deben realizar y las consecuencias de actuar de manera distinta a la forma establecida.

El régimen subjetivo fue en primera medida como fue señalado en otro acápite, fruto de la evolución y desarrollo que tuvo la responsabilidad del Estado. Recordemos entonces que la vinculación al Estado en cuanto a la responsabilidad extracontractual, se basó en la culpa extracontractual de los artículos 2341-2356 del Código Civil, y en ese sentido, se partió siempre de la consideración y calificación de la conducta. Posteriormente ante el advenimiento del derecho público como fundamento de la responsabilidad, se reorganizó el concepto de culpa y se ligó a la noción del servicio público para establecer la denominada “falla del Servicio”.

De esta manera se deja a un lado, no de manera absoluta, los fundamentos civilistas de la culpa in eligendo y culpa in vigilando, para ubicarse en la actuación del Estado propiamente en virtud de la prestación de los servicios que le corresponden para cumplir con sus fines.

Teniendo en cuenta lo anterior, se establecen como presupuestos de la responsabilidad extracontractual del Estado en el régimen subjetivo, un hecho dañoso, entendido este como una expresión de la administración (acto, hecho, operación u omisión), que comporta un defecto de conducta, total o parcial. Quiere decir ello, que no se compadece de manera completa con los deberes de actuación de las entidades y puede ser calificada como ilícita, negligente, imprudente, violatoria del ordenamiento por carecer de fundamento o por apartarse de los procedimientos, etc.

La jurisprudencia ha señalado entonces el régimen subjetivo como aquel donde se presenta una falla del servicio (título de Imputación), declarando la responsabilidad del Estado y condenando al pago de indemnizaciones, cuando se presenten anomalías o disfuncionalidades en la prestación del servicio. En este sentido dijo la Jurisprudencia del Consejo de Estado:

“2o. - La prosperidad de las pretensiones, así planteadas queda sujeta a la demostración de los presupuestos de la responsabilidad por falla en el servicio, como pasa a verse.

Los fundamentos de la responsabilidad de la administración por falta o falla del servicio, se encuentran en el artículo 16 de la Constitución Nacional que señala que las autoridades deben, obrando dentro de los límites del artículo 2o. ibídem, propender por la realización del bien común, para lo cual se organizan los servicios públicos que son atendidos y prestados a través de sus agentes.

Si en desarrollo de esas funciones incurre en falta o falla, causando la lesión de un bien jurídicamente protegido, surge la obligación de resarcir a la víctima del daño, con prescindencia de la culpa personal del agente administrativo.

En forma reiterada la jurisprudencia de la Corporación ha señalado los elementos axiológicos para la prosperidad de la pretensión resarcitoria, así:

a) Una falta o falla del servicio o de la administración por omisión, retardo, irregularidad, ineficacia o ausencia del servicio. La falta o falla de que se trata, no es la persona del agente administrador, sino la del servicio anónimo de la administración.

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

"c) Un daño que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el Derecho, bien sea Civil, Administrativo, etc.. con las características generales predicadas en el derecho privado para el daño indemnizable, como de que sea cierto, determinado o determinable, etc.

"d) Una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño, sin la cual, aun demostrada la falta o falla del servicio, no habría lugar a la indemnización"⁶⁶.

Apuntando la jurisprudencia a la conducta, a la verificación de la actuación de la administración, siguió concluyendo sobre la falla del servicio y el régimen subjetivo:

"La falla del servicio fue bastante bien estudiada por el a - quo. Por ese motivo sobra hacer otras lucubraciones a ese respecto. Se podría sí aclarar que el caso sub - judice, dadas sus especiales circunstancias, permitía la solución bien con apoyo en la tesis de la falla probada del servicio o bien con fundamento en la de la falla presunta.

La primera porque se comprobó que la conducta irregular del agente (borracho, en establecimiento público, con el arma de dotación oficial y uniformado) muestra un mal funcionamiento del servicio público, puesto que en tales condiciones los agentes del orden no pueden ser garantía para la defensa de la vida, honra y bienes de las personas. Mala conducta probada también disciplinariamente y que le costó al agente homicida el retiro definitivo del servicio.

Si a lo demás se le suma que incumplió con el deber de entregar su arma de dotación oficial cuando terminó su turno, que con ella se produjo la tragedia, y que se dejó desarmar, en establecimiento de dudosa reputación por dos personas igualmente ebrias, no queda duda de esa responsabilidad."⁶⁷

⁶⁶ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera de fecha 13 de septiembre de 1984, Consejero Ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández. Radicación No. 3641. Actor: Alberto Estefan Estefan.

⁶⁷ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, de fecha 28 de febrero de 1991. Radicación No. 6065. Actor: Mari Luz Pantoja Melo.

En la jurisprudencia que mejor se puede constatar la lógica establecida por el régimen subjetivo, donde se presenta un error, una ilicitud o una irregularidad del Estado, es en la responsabilidad por la prestación del servicio médico:

“Como se advierte del contenido mismo de las anotaciones hechas por la misma entidad demandada, al paciente Ramírez Rodríguez no sólo se le dejó de prestar la atención adecuada a su delicado estado de salud, sino que además no existían los medios adecuados para que aquella atención fuera eficiente, toda vez que como se narra en la historia clínica no había disponibilidad de camas en la unidad de cuidados intensivos, ni se pudieron tomar las radiografías, por lo que se recurrió a maniobras invasivas, pues allí se narra que “entubaron” al paciente. Ahora bien, en el caso bajo estudio del examen de la historia clínica aportada al expediente, se encuentra que entre la hora en que finalizó la operación practicada (11 30 a.m.) y la hora en que se realizó el primer examen post operatorio al señor Ramírez Rodríguez (8:00 p.m.), transcurrió un tiempo bastante prolongado, sin que se le brindaran al mencionado paciente los cuidados y la atención médica que éste requería, hasta el punto de que en la valoración referida se solicitó por el médico que la efectuó, que al paciente se le practicara una radiografía de tórax y valoración urgente en la unidad de cuidados intensivos. Es de advertir que a pesar de que los médicos dictaminaron la dificultad respiratoria del paciente, en las anotaciones que se hacen en la unidad de cuidados intensivos, se precisa que no se le acondicionaron ayudas mecánicas para su respiración pues “... No se dispone de un ventilador..., además de que tampoco se tomó la radiografía de tórax (ibídem). Con suficiente claridad la Sala ha precisado que la responsabilidad del Estado en la prestación de los servicios médicos, antes que de resultado es de medios. Esto es, que la obligación radica en brindar una adecuada, oportuna y diligente prestación del servicio médico, acorde con las posibilidades presupuestales, técnicas y profesionales de que el ente prestador del servicio dispone en un momento determinado. No hay, pues, lugar a que se le garanticen al paciente resultados favorables, en razón a que sólo se da el compromiso de brindarle adecuada y oportunamente los servicios de atención médico-quirúrgica-hospitalaria, que normalmente tenga a su disposición el ente oficial correspondiente. Acorde con lo anterior, se ha sostenido jurisprudencialmente por esta Corporación, que en casos de acciones de responsabilidad derivada de la prestación de servicios médicos oficiales, la entidad demandada bien puede exonerarse de responsabilidad cuando procesalmente acredite que la atención para con el paciente o enfermo fue oportuna, diligente y cuidadosamente prestada, probanza ésta que se hecha de menos en el presente caso. Así las cosas, estima la Sala que en el caso presente, tal como lo señaló el a quo, hay lugar a declarar la responsabilidad administrativa, pues el devenir hasta aquí referido muestra que no sólo se dejó de atender oportunamente al paciente, sino que además dejaron de brindársele las ayudas científicas que éste requería por razón de su delicado estado de salud, omisiones todas que configuran una falla del servicio”⁶⁸.

⁶⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar, de fecha 14 de marzo de 2002. Radicación No. 25000-23-26-000-1994-9811-01(12705), Actor: Buenaventura Ramírez Domínguez y Otros.

Ahora bien, en lo que respecta al régimen objetivo, se predica del régimen que pone su acento en el daño, en sus características y en las circunstancias como se originaron. En este sentido parte del elemento esencial “daño antijurídico”, y una vez satisfecho el mismo, analiza el hecho para determinar el nexo causal y se declara la responsabilidad⁶⁹.

Los presupuestos para la responsabilidad extracontractual del Estado en el régimen objetivo son los mismos, un hecho dañoso, un daño y un nexo causal; con la única diferencia que no se parte de la indebida, ilícita o irregular actuación de la administración, por cuanto lo determinante en este régimen son las circunstancias especiales en que se registra el daño.

El régimen objetivo predica la certeza del daño y excluye los juicios de la conducta desplegada por el Estado, siendo consciente que los daños se pueden materializar por una conducta debida, diligente, prudente, legal y lícita⁷⁰. Bajo esta óptica nace el régimen amparado en las actividades que implican un riesgo (actividades peligrosas), en actuaciones legítimas que pueden incrementar el riesgo a los ciudadanos, sometiéndoles a unas condiciones excepcionales (riesgo excepcional), y en las actuaciones que siendo legales, pueden ser inequitativas.

Frente al régimen objetivo de responsabilidad, ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado⁷¹:

“El Consejo de Estado recalca que en vigencia de la Constitución de 1991 la responsabilidad del Estado nace del daño antijurídico que le sea imputable, o por acción o por omisión, como lo prevé el artículo 90 constitucional. Así, en primer lugar, la ACCIÓN que cause el daño antijurídico puede ser de cualquiera naturaleza porque la Carta Fundamental no la cualifica ni de irregular ni de regular y, en segundo lugar, la OMISIÓN que lo produce se finca siempre en la conducta subjetiva negativa del Estado, cuando éste deja de hacer lo impuesto por la Constitución, la Ley y el Reglamento o que por obligación le corresponde”.

La corte constitucional por su parte, refiriéndose al régimen de la responsabilidad objetiva del Estado, ha señalado⁷²:

⁶⁹ Este régimen se estudiará con mayor grado en el posterior capítulo correspondiente a la propuesta de tesis; por cuanto se presentan situaciones que derivan en decisiones injustas so pretexto de la aplicación del régimen objetivo, en especial entratándose del título de imputación daño especial.

⁷⁰ Es reconocido también como régimen de responsabilidad sin falta o falla del servicio, ver por ejemplo a HERNANDEZ ENRÍQUEZ, Alier y Otro. “la Responsabilidad Patrimonial Extracontractual del Estado Colombiano”. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá 2007; pp 15-19.

⁷¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez, de fecha 27 de noviembre de 2002. Radicación No. 52001-23-31-000-1994-3090-01(13090), Actor: Agustín Mesa Castellanos.

⁷² Corte Constitucional Sentencia C-043-04.

“El nuevo fundamento de la responsabilidad estatal conlleva a su vez que no todo daño deba ser reparado, sino sólo aquel que reviste la connotación de antijurídico, es decir, no se repara el daño justificado, esto es aquel que quien lo padece tenga la obligación de soportar. Además, como en todos los casos de responsabilidad, debe tratarse de un daño que tenga un vínculo causal con la actividad de un ente público. Esta actividad, ha dicho la Corte, no es solamente la que se da en el ámbito extracontractual de la actividad estatal, sino que también puede provenir de las relaciones contractuales de la Administración.

(...)

Para que el daño antijurídico atribuido al Estado sea indemnizable, se exige que éste sea consecuencia del cumplimiento regular o irregular de sus obligaciones o del incumplimiento de las mismas. De esta manera, el artículo 90 de la Constitución consagra una cláusula general de responsabilidad estatal objetiva por todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos, tanto en las relaciones contractuales como en las extracontractuales de tales entes.

(...)

La superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen”.

Sin perjuicio de la existencia de estos dos regímenes de responsabilidad extracontractual del Estado, se pueden verificar algunos especiales⁷³. En este orden, se citan como ejemplo los daños sufridos con ocasión del acto administrativo unilateral, así como la denominada *actio in rem verso* o enriquecimiento sin causa⁷⁴.

Frente al régimen de responsabilidad extracontractual del Estado, referente al daño por el acto administrativo, debe precisarse que la acción consagrada por regla general para la satisfacción de los perjuicios y el restablecimiento del derecho del afectado con el acto, es la llamada acción de nulidad y restablecimiento del derecho⁷⁵; que busca en primera medida la declaratoria de ilegalidad del acto administrativo y la reparación del daño. Por lo tanto la aplicación de este régimen dista de los presupuestos antes mencionados, y solamente se aplica cuando se parte de la legalidad del acto administrativo, es decir, el

⁷³ HERNANDEZ ENRÍQUEZ, Alier y Otro. “la Responsabilidad Patrimonial Extracontractual del Estado Colombiano”. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá 2007; p 20.

⁷⁴ Ídem.

⁷⁵ Artículo 138 de la Ley 1437 de 2011

demandante en ningún momento cuestiona la legalidad del acto, sin embargo precisa una reparación habida cuenta del daño que se le ocasionó.

Otro ejemplo de los regímenes especiales, es el de la *actio in rem verso* o enriquecimiento sin causa, el cual se sustenta en la preceptiva de la ley 153 de 1887, según la cual el juez debe llenar los vacíos del ordenamiento para dar solución al caso concreto, y para lo cual cuenta con las reglas generales del derecho, reparando el daño que sufre el ciudadano frente a la administración al existir un enriquecimiento del estado y un empobrecimiento correlativo, sin una justa causa para el mismo.

También se puede constatar la existencia de un régimen especial denominado responsabilidad por el hecho del legislador⁷⁶. Empero se tiene por sentado que dichos regímenes especiales se valen de los anteriores por cuanto se valen de títulos de imputación de los regímenes subjetivos y objetivos para su configuración⁷⁷.

1.2. 3. Títulos jurídicos de imputación

La imputación es la causa jurídica, la razón jurídica que soporta la atribución de responsabilidad a la autoridad pública que se trate; pero además, constituye el traslado de la obligación de indemnizar al patrimonio correspondiente.

La doctrina ha señalado que no es prolijo el desarrollo en este tema en materia de responsabilidad civil o administrativa, comparándola con el derecho penal. Determinando que en las primeras las nociones de causalidad e imputabilidad se consideran habitualmente abstractas, impenetrables, oscuras y en cualquier caso, muy delicadas⁷⁸.

No obstante lo anterior, la doctrina y la jurisprudencia administrativa han acuñado algunas causas jurídicas por las cuales el particular atribuye la responsabilidad al Estado, y este responde patrimonialmente por los daños pagando la respectiva indemnización. En este sentido, se tienen 3 grandes títulos de imputación: la falla del servicio, el riesgo excepcional y el daño especial.

Como se había sugerido en líneas anteriores, la falla del servicio es la razón jurídica para declarar al Estado responsable, en el régimen subjetivo; es decir, cuando se presenta una situación fáctica que amerita el estudio pormenorizado y juicioso de la conducta del agente estatal, para determinar que no se compadeció de los deberes y funciones que le competen, y por el contrario, se desvió de los causes legales.

La falla del servicio como título de imputación, supone la irregularidad, el defecto, la omisión, la arbitrariedad, la ilegalidad o ilicitud de la conducta desplegada por el agente

⁷⁶ Al respecto ver RUIZ OREJUELA, Wilson. "Responsabilidad del Estado Legislador". Universidad Libre de Colombia, Bogotá 2011, 234 p.

⁷⁷ Por ejemplo el mismo autor RUIZ OREJUELA, precisa que el título de imputación para derivar responsabilidad del estado por el hecho del legislador es el daño especial, p. 215.

⁷⁸ Ver a GILLES DARCY, en Saavedra Becerra, Ramiro. La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública. Ed. Ibáñez., 2008, Bogotá, p.201.

estatal, lo que conlleva la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado. Al respecto debe señalarse que es el título distintivo del proceso de responsabilidad extracontractual, donde se hace el juicio de reproche por una conducta desviada del agente; y que se erige como el título general, en el sentido que es en primer término el que se aplica y solo en defecto de este se verifican los otros títulos (régimen objetivo).

Sin embargo, al introducir la carta política el artículo 90, se ha potenciado el régimen objetivo, al punto que no se considera para algunos hechos la aplicación subsidiaria o residual, sino principal. Sobre la falla del servicio ha señalado la corte constitucional:

El Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la falla del servicio, de la siguiente manera⁷⁹:

“Sin embargo, la Sala considera que aún tratándose de actuaciones de las fuerzas militares sí cabe aplicar la teoría de la falla del servicio que se configura bien por la imprudencia en el manejo o empleo de las armas o bien en la desproporción entre la agresión y los medios para rechazarla. De ahí que de una notoria desproporción entre la agresión y los medios empleados para reprimirla puede resultar la responsabilidad del Estado, pero desde luego, en este último caso, no por tratarse del ejercicio de actividades peligrosas”.

En otro pronunciamiento, señaló la existencia de la falla del servicio, ante el incumplimiento de las obligaciones que el ordenamiento jurídico impone a las autoridades públicas:

“Considera la Sala que hubo una protuberante falla del servicio, consistente en la violación de la obligación de protección de la vida de los asociados, de parte de las autoridades de la República. Procedimientos policivos como el que ha dado origen al presente proceso, no tienen asidero legal alguno, y son por el contrario, atentatorios al Estado de Derecho que define nuestra Constitución. Innumerables veces ha dicho la Corte, repitiendo un principio fundamental del Derecho, que el perjuicio que condiciona la responsabilidad no es materia de presunción legal y que como derecho patrimonial que es, debe ser demandado y probado en su existencia y en su extensión por quien alega haberlo sufrido, que es quien mejor debe saber en qué consiste y en cuánto lo ha afectado. Quien afirma que su demandado le ha inferido un daño por su dolo o su culpa, está obligado, si quiere que se le repare por decisión judicial, a producir la prueba de la realidad del perjuicio demostrando los hechos que lo constituyen y su cuantía, o señalando a este respecto, cuando menos, bases para su valoración⁸⁰.”

⁷⁹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Alfonso Castilla Saiz, de fecha 23 de mayo de 1973. Radicación No. 978., Actor: Vitalia Duarte V. de Pinilla.

⁸⁰ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Antonio José de Irisarri Restrepo, de fecha 1 de marzo de 1990. Radicación No. 3260, Actor: Juan Nepomuceno Gómez Cifuentes y Otros.

En reciente jurisprudencia, el Consejo de Estado, refiriéndose a la falla del servicio, por la conducta omisiva de la administración, ha señalado:

“La razón de ser de las autoridades públicas y en particular la de la Policía y el Ejército Nacional, la constituye la defensa de todos los residentes en el país y el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir el cumplimiento de esas funciones compromete su responsabilidad institucional, que de ser continua pone en tela de juicio su legitimación. Por lo tanto, el Estado debe utilizar todos los medios de que dispone para lograr que el respeto a la vida y demás derechos de las personas por parte de las demás autoridades públicas y particulares sea una realidad y no conformarse con realizar una simple defensa formal de los mismos. Al respecto la Sala, de tiempo atrás, ha precisado que el Estado debe responder patrimonialmente a título de falla del servicio por omisión en el deber de prestar seguridad a las personas, cuando: a) Se deja a la población a merced de los grupos de delincuencia, sin brindarles protección alguna, en especial cuando se tiene conocimiento de que los derechos de esa población vienen siendo desconocidos por grupos organizados al margen de la ley; b) se solicita protección especial, con justificación en las especiales condiciones de riesgo en que se encuentra la persona; c) no se solicita expresamente dicha protección pero es evidente que la persona la necesitaba, en consideración a que existían pruebas o indicios conocidos que permitieran asegurar que la persona se encontraba amenazada o expuesta a sufrir graves riesgos contra su vida, en razón de sus funciones. No obstante, cabe señalar que la Sala ha considerado que a pesar de que constituye deber del Estado brindar protección a todas las personas residentes en el país, no le son imputables todos los daños a la vida o a los bienes de las personas causados por terceros, porque las obligaciones del Estado son relativas, en tanto limitadas por las capacidades que en cada caso concreto se establezcan, dado que “nadie está obligado a lo imposible”. Aunque, se destaca que esta misma Corporación en providencias posteriores ha aclarado que la relatividad de las obligaciones del Estado no excusa su incumplimiento, sino que debe indagarse en cada caso si en efecto fue imposible cumplir aquellas que en relación con el caso concreto le correspondían⁸¹.

En pronunciamientos recientes, y guardando coherencia con lo manifestado de manera reiterada, ha expresado:

“Las pruebas que obran en el expediente, aunque pocas, permiten concluir que en el caso concreto la responsabilidad patrimonial por la muerte del joven Luis Eduardo es imputable al municipio de Soledad, Atlántico, porque éste incumplió sus

⁸¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, de fecha 11 de agosto de 2011. Radicación No. 19001-23-31-000-1998-58000-01(20325), Actor: Alba Marina Mestizo y Otros.

deberes de velar por la seguridad de la vía pública en la cual se produjo el accidente, bien ordenando que se cubriera el manhol o pozo de registro, o bien procediendo a realizar la obra y en todo caso, adoptando las medidas de seguridad necesarias, como la ubicación de barreras, cercas o vallas que impidieran que las personas pudieran sufrir daños al caer a éste, mientras se realizaban las obras necesarias para eliminar todo riesgo. A esas conclusiones se llega con la verificación de que el joven Luis Eduardo Jiménez Romero falleció al caer a un manhol o pozo de registro descubierto, que se hallaba sobre la vía pública; que si bien no se demostró que el municipio ni la empresa que prestaba el servicio de alcantarillado en ese sector hubieran construido o autorizado la construcción del manhol, lo cierto es que sí tenía o debía tenerse conocimiento de su existencia porque allí se había levantado una urbanización varios años antes del accidente y esa obra hacía parte del alcantarillado del que se servía la misma y que la obra se hallaba sobre la vía pública y no contaba con ninguna medida de seguridad que evitara la ocurrencia de accidentes, ni siquiera se habían instalado señales que previnieran sobre la existencia del peligro.

(...)

“En cumplimiento de esas normas constitucionales y legales, el municipio de Soledad debió prever el peligro que representaba el pozo o manhol descubierto, sobre la vía pública y proceder a ordenar o construir las obras necesarias para eliminar ese riesgo y entre tanto, aislar ese pozo mediante la ubicación de vayas, cercas, etc., así como instalar las señales reglamentarias que advirtieran a los peatones y conductores el peligro que éste representaba, a fin de que éstos pudieran tomar las precauciones conducentes a evitar accidentes como el ocurrido. Más clara resulta aún la responsabilidad del municipio al advertir que el pozo de registro o mahol se hallaba sobre la intersección de dos vías públicas: la calle 72 y la carrera 22C. (...) Como responsable de la preservación del espacio público, del cual hacen parte las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal como vehicular (art. 5 Ley 9 de 1989), el municipio estaba en el deber de garantizar que el tránsito por las calles se realizara de forma segura. Es decir, que el municipio debía remover de manera inmediata cualquier obstáculo que existiera sobre las vías y señalizar, mientras se ejecutaba la obra, el riesgo que éste representaba, con las señales que permitieran identificarlo oportunamente, o impedir el tránsito por esas vías mientras se adelantaban las obras⁸².

En este sentido, la jurisprudencia del alto tribunal de lo contencioso, ha sido prolijo en detalles para determinar la falla del servicio como título de imputación del régimen subjetivo, donde se verifica la conducta del agente estatal, en una suerte de control factico-normativo, para constatar violaciones al ordenamiento jurídico y derivar la consecuencia jurídica de la responsabilidad.

⁸² Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, de fecha 14 de octubre de 2011, Radicación No. 08001-23-31-000-1996-01149-01(22066), Actor: Luis Eduardo Jiménez Oviedo y Otra.

En cuanto al régimen objetivo se trata, conforme lo establecido en líneas anteriores, se refiere a aquel que predica las condiciones del daño, como elemento inicial a verificar, descartando la legalidad o no de la conducta del agente estatal. Es la llamada responsabilidad por daños.

En este orden, se establecen dos títulos de imputación dentro del mencionado régimen: el riesgo excepcional y el daño especial. En primer lugar, hay que señalar que la jurisprudencia ha pecado por imprecisa cuando del tratamiento de la responsabilidad sin falta se trata; acumulando conceptos a manera de sinónimos, cuando realmente tienen diferente significación. Se pueden citar ejemplos de confusión dada en la jurisprudencia entre daño especial y riesgo excepcional:

“La persona pública, para explotar el servicio de energía impuso a un particular una carga que excedía los riesgos normales que las personas deben soportar por el hecho de vivir en sociedad. Pero aquí, fuera de ese riesgo especial impuesto por el servicio y que en principio no permitiría hablar de falla del servicio, se observa que la entidad sí incurrió en ésta y no pudo demostrar, como le incumbía, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho determinante de un tercero. Este asunto se define con fundamento en la tesis del riesgo especial, pero bien pudo decidirse con apoyo en la tesis de la falla probada del servicio, dados los elementos de juicio que resultaron probados⁸³.”

O este otro ejemplo, donde se introducen en un mismo fallo, nociones como riesgo especial o riesgo excepcional, actividad peligrosa, desequilibrio en las cargas públicas e indemnización sin falta (responsabilidad sin falta):

“Frente a la responsabilidad de la entidad pública por el servicio de energía eléctrica y en especial a su fuente, la sala estima que cabe aplicar al caso jurisprudencia reiterada que parte del riesgo especial a que la entidad explotadora del servicio somete a los usuarios de él o a terceros por desarrollar una actividad peligrosa. Si se debe indemnizar sin culpa, por el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas, con mayor razón se producirá esa consecuencia cuando dentro del proceso se detecte que también se puso de presente la falla por el inadecuado funcionamiento del servicio o por falta en el sostenimiento de las redes y demás equipos. La realidad probatoria muestra una clara falla del servicio que, en cierta forma, hace innecesaria la aplicación de la tesis del riesgo especial o excepcional⁸⁴”.

⁸³ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, de fecha 18 de 1990, Radicación No. 5925, Actor: Ruth Mary Ossa y Otros.

⁸⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, de fecha 17 de mayo de 1991, Radicación No. 6175, Actor: Ana Milena Escobar de Álvarez.

Dicha confusión fue puesta de presente por la doctrina, quien ha sido la encargada de dar las precisiones conceptuales y lingüísticas del caso, para evitar la continuación de la confusión de los términos⁸⁵.

Como consecuencia de lo mencionado hasta aquí, se precisa que se debe entender por riesgo excepcional; y en ese sentido, se ha dicho que “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 sea en sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar un <<riesgo de naturaleza excepcional>>, que, dada su articular 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”⁸⁶.

Por su parte la jurisprudencia del alto tribunal de lo contencioso administrativo, ha señalado:

“Se ha dicho que la responsabilidad derivada del ejercicio de actividades peligrosas "se encuentra por completo desligada de toda consideración sobre culpa o diligencia o prudencia de quien ocasiona el daño con fundamento en el principio ubi emolumentum ibi onus esse debet (donde esta la utilidad debe estar la carga) que hace responsable de los perjuicios a quienes crean situación de peligro”⁸⁷.

En cuanto al tema de los ataques a la población civil en desarrollo del conflicto armado que vive Colombia, la jurisprudencia ha abordado el tema bajo la óptica del riesgo excepcional en los siguientes términos:

“En cuanto al régimen de riesgo de excepcional, su aplicación ha predominado en los eventos de ataques perpetrados por grupos armados al margen de la ley contra bienes o instalaciones representativos del Estado en el marco del conflicto armado interno y, específicamente, contra cuarteles militares o estaciones de policía, sea que la fuerza pública reaccione o no violentamente con el fin de repeler la agresión. (...) el riesgo que se genera por la presencia de un establecimiento militar o policial en un contexto político caracterizado por la persistencia de un conflicto armado y que se concreta afectando a un grupo particular de ciudadanos, es lo que compromete la responsabilidad estatal. De cualquier forma, es necesario que el ataque esté dirigido contra un típico objetivo militar de la subversión, pues si no

⁸⁵ TAMAYO JARAMILLO, Javier. La Responsabilidad del Estado: El Daño Antijurídico (Const. Pol., Art. 90), el Riesgo Excepcional y las Actividades Peligrosas. Editorial Temis. Bogotá 1997. XIV, pp. 63- 75.

⁸⁶ Ídem, p. 6.

⁸⁷ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, de fecha 25 de septiembre de 1997, Radicación No. 104, Actor: María Edelmira Cano y Otro.

existe certeza sobre sus móviles y propósitos, si éste es, por sus características, completamente imprevisible e irresistible, o si tiene un carácter indiscriminado y se dirige únicamente a generar pánico o zozobra entre la población civil, no cabe declarar la responsabilidad del Estado con base en el título de riesgo excepcional⁸⁸.”

Corolario de lo anterior, la jurisprudencia identifica el riesgo excepcional como el régimen aplicable a las actividades peligrosas y a las actividades que crean un riesgo que excede al normal de vivir en sociedad⁸⁹.

Por último, como título de imputación dentro del régimen objetivo es el daño especial⁹⁰. Se puede decir que “se ha reconocido por la doctrina y la jurisprudencia que se compromete la responsabilidad patrimonial de la administración pública cuando esta, en ejercicio de sus competencias y obrando dentro del marco de las disposiciones legales, causa con su actuación un perjuicio de naturaleza especial y anormal a un administrado, un daño que excede el sacrificio que el común de los ciudadanos deben normalmente soportar en razón de la peculiar naturaleza de los poderes públicos y de la actuación estatal”⁹¹.

La existencia del Estado y su funcionamiento implica incomodidades o inconvenientes para los asociados, que estos 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 públicas⁹².

La jurisprudencia ha señalado frente al título de imputación del daño especial lo siguiente⁹³:

⁸⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, de fecha 4 de junio de 2012, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth, Radicación No. 50001-23-31-000-1996-05750-01(22772), Actor: Jairo Alfonso Piraquive Godoy y Otros.

⁸⁹ Ver por ejemplo Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, Radicación: 76001 23 31 000 1998 01471 01; o Expedientes: Radicación: 05001-23-24-000-1991-05882-01 (22.291) y, Radicación número: 05001-23-24-000-1993-01419-01 (21.364) De la Sección Tercera Subsección C, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, entre otros.

⁹⁰ Teniendo presente que el trabajo de investigación comprende la aplicación del daño especial, por ahora solamente se mostrará un concepto general del mismo y será desarrollado con mayor especificidad en los dos últimos capítulos.

⁹¹ TAMAYO JARAMILLO, Javier. La Responsabilidad del Estado: El Daño Antijurídico (Const. Pol., Art. 90), el Riesgo Excepcional y las Actividades Peligrosas. Editorial Temis. Bogotá 1997. XIV, p. 5.

⁹² Ídem.

⁹³ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de fecha 28 de julio de 1987, Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo, Referencia: Expediente número 4983, Actor: Tiberio Restrepo Álvarez y otros.

"2. De acuerdo con la teoría de la responsabilidad por el daño especial, si en busca del bienestar colectivo, conforme a derecho, la administración ocasiona un perjuicio excepcional a un particular, debe reconocerle una indemnización para que se recupere el equilibrio frente a las cargas públicas.

"El honorable Consejo de Estado, en fallo de octubre 28 de 1976 (Consejero doctor Jorge Valencia Arango), dijo:

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

"Surge, pues, de la esquemática exposición hecha, que la pretensión indemnizatoria por daño especial, excluye cualquier otra pretensión con idéntico fin, propuesta con base en la legalidad del acto o de la operación o el hecho administrativo, la falla o falta del servicio y la derivada de la arbitrariedad administrativa o 'vías de hecho' (Revista Lex. Número 2, 1977, página 143)".

(...)

Para la Sala, la sentencia deberá confirmarse en lo fundamental, con algunas modificaciones.

Los hechos bien probados mediante testimonios ponen de presente la responsabilidad estatal por el daño especial; posición doctrinaria que tiene amplio respaldo no sólo en la doctrina sino en la jurisprudencia nacionales. Precisamente la cita que hace el Tribunal de el fallo de octubre 28 de 1976, de esta misma Sala, con ponencia del señor Consejero Valencia Arango, es bastante ilustrativo, sintetiza en forma afortunada la idea central: Cuando la actividad de la administración deba cumplirse en salvaguarda de los cometidos que tiene que desarrollar y de los intereses generales que deba proteger y daría a alguien en forma excepcional en su vida, honra o bienes le está imponiendo a este una carga especial que no tiene porqué sufrir aisladamente.

En otros términos, cuando se rompe el principio de la igualdad frente a las cargas públicas porque estas exceden las conveniencias generales y normales, el Estado estará obligado a ese resarcimiento a nombre de todos para, así sea patrimonialmente, restablecer el principio aludido."

Debe recordarse que para los efectos de la responsabilidad extracontractual, y para el daño especial, importa el daño antijurídico y no aquel que las personas están obligadas

a soportar por el hecho de vivir en sociedad⁹⁴. Vale la acotación, por cuanto no se debe hablar del daño especial cuando se refiere a la expropiación o a la tributación, por cuanto precisamente, no se encuentra la característica primordial de la especialidad del daño y es el mismo ordenamiento jurídico quien impone la carga⁹⁵. Es casi un punto común para la doctrina cuando habla del daño especial, contraponerlo a las cargas tributarias que impone el Estado, precisamente porque ello tiene su fundamento jurídico y supone el desarrollo de principios como el de progresividad.

Los títulos de imputación como causa jurídica para atribuir y derivar la responsabilidad del Estado y la obligación de reparar el daño, han sido fruto de la jurisprudencia del Consejo de Estado y su evolución constante a la par de la complejidad de los cambios en la sociedad, tratando siempre de responder en la administración de justicia ante los nuevos retos y requerimientos de los ciudadanos en sus demandas.

1.3 La jurisprudencia del consejo de estado sobre responsabilidad del estado por actos terrorista a partir de la constitución de 1991

Cuando no se cuenta con un derecho expreso para abordar un problema jurídico dentro de un Estado de Derecho, el hallar la regla aplicable, puede ser fruto del discurso argumentativo⁹⁶; y mediante el, tomar todos y cada uno de los referentes que legitimarían una decisión. Esta ha sido la vía judicial tomada por la jurisdicción contenciosa, la argumentativa para estudiar bajo uno u otro régimen de responsabilidad.

En una situación de paradoja, la seguridad jurídica que se reclama en los casos concretos cuando se adelanta un proceso de responsabilidad extracontractual, pretende satisfacer el gran desafío de la filosofía del derecho, encontrar la norma básica que fundamenta todo el ordenamiento jurídico⁹⁷. En el proceso adelantado en contra de la Entidad Estatal, se busca la norma que reduzca las complejidades del sistema jurídico, con la interpretación del caso concreto bajo la óptica de los distintos regímenes de

⁹⁴ Como siempre se ha señalado, corresponde el deber como ciudadano de pagar los impuestos para el sostenimiento del estado y la realización de los fines estatales.

⁹⁵ Ver La presentación de las cargas tributarias y de la expropiación como expresión del daño especial, en CUELLO IRIARTE, Gustavo. El Daño Especial, como Título de Imputación de la Responsabilidad del Estado: Historia. Legislación. Jurisprudencia. Gustavo Cuello Iriarte, Adriana Cuello Hermida, Jenaro Andrés Puerto Valencia. Procuraduría General de la Nación. Bogotá 2009. 662 p.

⁹⁶ ALEXY, Robert. Interpretación Jurídica y Discurso Racional. Universidad Externado 2001, pp. 35 y ss.

⁹⁷ MEJÍA QUINTANA, Oscar. "La norma básica como problema iusfilosófico. Tensiones y aporías del positivismo y las apuestas pospositivistas de superación" en Numas Gil (compilador), Filosofía del Derecho y Filosofía Social (Memorias Tercer Congreso Nacional), Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez, 2006, pp. 195-268.

responsabilidad. Este ejercicio de formulación de la norma aplicable al caso sometido a decisión judicial, no ha corrido suerte distinta de la formulación de la norma básica, pues la jurisprudencia ha tenido giros frente al tema que no revelan el último eslabón de esa cadena de razonamiento.

En un escenario de seguridad jurídica, sin pecar por un extremo positivista, se cuenta con una norma precisa, que limita la actuación o mejor la invención del juez. Pero en nuestro medio, al no tener la regla precisa para el caso concreto, se vale otros parámetros como los principios para adoptar sus decisiones. Dicho argumento es una crítica al positivismo⁹⁸, pero ofrece la inseguridad jurídica de que cada caso no se trata de manera igual y lo que se iguala son a las personas, so pretexto de solidaridad y equidad.

“cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas, especialmente en aquellos casos difíciles en que nuestros problemas con tales conceptos parecen agudizarse más, echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otros tipos de pautas. Argumentare que el positivismo es un modelo de y para un sistema de normas, y sostendré que su idea central de una única fuente de derecho legislativa nos obliga a pasar por alto los importantes papeles de aquellos estándares que no son normas.”⁹⁹

Ahora bien, puede ser una patología en la hermenéutica al pretender aplicar el derecho al caso concreto, cuando en verdad no puede existir una regla clara y el principio me llena esos vacíos normativos. Ya el derecho solo no me satisface los requerimientos para juzgar en un sistema social complejo. La "crisis", del derecho autónomo se genera porque el derecho, especialmente en sus estructuras conceptuales, no se ha adaptado aun a las exigencias de una sociedad altamente diferenciada. La doctrina legal se encuentra aun ligada al modelo clásico de derecho como un conjunto de reglas ejecutables mediante la adjudicación. El orden legal carece de un aparato conceptual adecuado para las demandas de planeación y de política social que surgen en las interrelaciones entre subsistemas sociales especializados¹⁰⁰.

Frente al acto terrorista la jurisprudencia del Consejo de Estado como máximo órgano de lo contencioso administrativo, ha sido variable en consideración al caso concreto. Se ha pronunciado en múltiples ocasiones señalando que el título de falla del servicio del régimen subjetivo es aplicable al caso concreto. En otras decisiones, ha reconocido la procedencia del estudio del caso concreto, bajo la óptica del riesgo excepcional, señalando las circunstancias especiales que deben presentarse para someter el caso

⁹⁸ DWORKING, Ronald. Los Derechos en Serio. Edit. Ariel Derecho, Primera Edición 1984, pp.72 y ss.

⁹⁹ Ídem.

¹⁰⁰ TEUBNER, Gunther. La fuerza del derecho. Siglo del Hombre Editores, Ediciones Uniandes, Bogotá 2000, p. 128.

bajo ese título. Por último, también ha señalado la procedencia del título de daño especial, determinando cuando procede el examen del caso concreto bajo este título¹⁰¹.

En primer término, la misma jurisprudencia ha señalado que se debe entender por acto terrorista¹⁰²:

“ACTO TERRORISTA - Noción. Definición. Doctrina

Resalta la Sala que el acto de terrorismo encuentra su ratio o fundamento en la intención de dañar a la sociedad en conjunto. En otras palabras, los daños materiales frutos del actuar terrorista deben ser tomados como un elemento accidental en la determinación de los efectos jurídicos, por tanto, no esencial al régimen de responsabilidad que establezca el Estado para la reparación de este tipo de actos. Al respecto, esta corporación ha manifestado (...) “socavar las instituciones, lo que se explica por la selección del personaje contra el cual se ejecutó. El fenómeno violento se dirigió, pues, contra la organización estatal con el fin de destruirla, o a la búsqueda de concesiones importantes.” Admite la Sala que no se ha encontrado un concepto unívoco de terrorismo, sin embargo, es común a las distintas definiciones el elemento que ahora se resalta: el ataque a la sociedad en conjunto, que subyace como connatural al atentado terrorista.

ACTO TERRORISTA - Hecho exclusivo de un tercero. No se configura / ACTO TERRORISTA - Deber de protección del Estado

Considerar los actos de terrorismo como el hecho exclusivo de un tercero, en términos del mal llamado nexo de causalidad, implicaría condenar a la impotencia a la población, dado que quien tiene el deber jurídico de protegerla, porque tiene el monopolio legítimo de la fuerza, es el Estado, encarnado en sus fuerzas militares y de policía. En todo evento que pueda tener ocurrencia y que vaya dirigido contra la sociedad en su conjunto, y no obstante su carácter de absolutamente injustificable sería utópico pretender que los ciudadanos no tienen el deber de soportar las cargas que su ocurrencia implica. Sin embargo, es el concepto de Estado Social de Derecho que apareja nuestra realidad constitucional, el que debe inspirar las respuestas que el sistema produzca en materia de actos terroristas, las que necesariamente deberán honrar los reiterados principios de igualdad y solidaridad, entre otros, que hacen que el Estado colombiano sea lo que es, y no otra forma de organización política. Por consiguiente, en cuanto el acto terrorista se dirige contra

¹⁰¹ Es importante recalcar que el objeto del presente estudio tiene un alcance temporal desde 1991 hasta la fecha; no obstante por la pretensión del mismo, se hará una presentación resaltando las sentencias más representativas del tema, donde se abordan los diversos títulos de imputación, en el transcurso del periodo señalado, pero sin llegar a plasmar todos y cada uno de los pronunciamientos de los despachos judiciales sobre el asunto, por cuanto desbordaría los objetivos trazados para el capítulo.

¹⁰² Sobre noción de acto terrorista consultar sentencia de 23 de septiembre de 1994, expediente número 8577, Consejero Ponente doctor Julio César Uribe Acosta.

la sociedad en su conjunto, pero se localiza materialmente en el perjuicio excepcional y anormal respecto de un ciudadano o grupo de ciudadanos muy reducido, será toda la sociedad la que soporte, de forma equitativa, esa carga.”

Ha señalado también la jurisprudencia, que una forma de violencia contemporánea es el denominado terrorismo, del cual pueden citarse las siguientes definiciones¹⁰³:

“Del latín terror. Doctrina política que funda en el terror sus procedimientos para alcanzar fines determinados. El terrorismo no es por lo tanto un fin sino un medio. Su historia es tan antigua como la humanidad. Hay muchas formas de terrorismo: el físico, el psicológico, el religioso, el político, etcétera. El terrorismo es, en suma, la dominación por el terror. En todo caso procede de una manera coercitiva, no dialoga y se impone por la violencia.

Desde el punto de vista del Derecho Penal, el terrorismo se manifiesta mediante la ejecución repetida de delitos por los cuales se crea un estado de alarma o temor en la colectividad o en ciertos grupos sociales o políticos...

El terrorismo es una figura heterogénea, pues puede revestir formas muy distintas de delitos, aunque predominan los que van contra las personas eligiendo la víctima entre jefes de Estado, ministros, muchedumbres o los que atentan contra la propiedad, ejecutándose en su mayoría por medio de incendios o explosivos...”¹⁰⁴.

“Dominación por el terror. Sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror. Generalmente, el terrorismo es utilizado como medio de lucha por algún grupo político, (...). En tiempos más próximos han utilizado el atentado terrorista muchas organizaciones nacionalistas, principalmente en los países colonizados...”¹⁰⁵.

Aunque ha sido un tema de marcada relevancia en los fallos de la jurisdicción contenciosa, siempre ofrece inconvenientes y dificultades al momento de determinar que se debe y como se debe decidir en cada caso concreto¹⁰⁶. Este es un ejemplo más de que, en estos casos, que se someten a consideración de la jurisdicción contenciosa, falta tener claridad sobre el derecho aplicable y la norma aplicable. En palabras de HART, falta tener claridad sobre la regla de reconocimiento, que me dará absoluta validez a la

¹⁰³ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejera Ponente: Myriam Guerrero De Escobar, de fecha 2 de octubre de 2008. Radicación número: 52001-23-31-000-2004-00605-02(AG).

¹⁰⁴ Enciclopedia jurídica Omeba, Tomo XXVI, editorial bibliográfica argentina S.R.L., Buenos Aires, 1968, pp. 155 a 161.

¹⁰⁵ Gran Diccionario Enciclopédico Plaza & Janés editores, Tomo XI, 8ª edición, Barcelona (Esp.), 1978.

¹⁰⁶ GIL BOTERO, Enrique. Temas de Responsabilidad Extracontractual del Estado, Segunda Edición, Librerías Jurídica Sánchez Ltda. 2001.

decisión¹⁰⁷. Sin embargo, es claro que en estos casos el juez se vale un pequeño margen de discrecionalidad para fallar en los casos difíciles, en nuestro medio lo podemos identificar con el arbitrio judicial, para determinar el régimen aplicable y los daños a reconocer, así como su tasación.

Teniendo la definición de lo que entiende la jurisprudencia como acto terrorista, ha decantado el estudio del mismo bajo los títulos de imputación del régimen subjetivo y del régimen objetivo. En esta medida, se ha pronunciado entre múltiples pronunciamientos¹⁰⁸:

Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 16 de noviembre de 1998, Expediente No. 10309¹⁰⁹:

El caso sometido, se estudió bajo el régimen subjetivo, por el título de imputación de Falla del servicio; y en este sentido, se desestimaron las pretensiones de la demanda al considerar su inexistencia.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de abril de 1994, Expediente No. 7136:

Se hace un recuento sobre la evolución de la jurisprudencia frente a la responsabilidad del Estado por los actos terroristas y atentados terroristas, resaltando que se ha determinado en algunas ocasiones la falla del servicio y en otras, el daño especial. En el caso se desestima el caso, pero se resalta el papel principal que cumple el régimen subjetivo frente al objetivo.

¹⁰⁷ H.L.A. HART, *El Concepto de Derecho*, Edit. Abeledo-Perrot, Argentina 1992, pp. 125 y ss.

¹⁰⁸ A continuación se relacionan los referentes jurisprudenciales más relevantes frente al tema del acto terrorista y sus distintos títulos de imputación aplicables. Por aspectos de presentación del trabajo, se hará una sucinta relación al régimen aplicable, mas no se transcriben los apartes relevantes. Ver en los anexos los extractos realizados por el autor, frente a cada sentencia.

¹⁰⁹ “El 9 de septiembre de 1988, frente a las instalaciones de la Universidad Nacional, en la carrera 30 con calles. 45 de esta ciudad, el bus urbano de servicio público de placas SC9576, afiliado a la empresa Municipal de Transportes, conducido por el señor LUIS ALFONSO MARÍN al detenerse en un semáforo en rojo, fue abordado por unos 25 hombres encapuchados que después de intimidar al conductor con arma de fuego y evacuar los pasajeros procedieron a incendiar el bus, igual procedimiento se realizó con el bus de placas 5316 que se encontraba junto al anterior y en el interior de la ciudad universitaria incendiaron el bus de placas SC0371.

Minutos después llegaron los bomberos y los agentes de la policía nacional adscritos a la VI Estación, encargados de la vigilancia del sector, quienes se trabaron en un enfrentamiento con los encapuchados.

Los hechos así establecidos no permiten concluir la existencia de la responsabilidad patrimonial de la demandada, por la destrucción del bus de placas SC 9576. Conforme lo concluyó el Tribunal de primera instancia, no se demostró conducta omisiva de la entidad demandada y como consecuencia, de ella se hubiera causado la destrucción del automotor...”

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 9 de febrero de 1995, Expediente No. 9550¹¹⁰:

En este pronunciamiento, reiteró la posición de los dos títulos de imputación aplicables a los casos de actos terroristas, es decir, la falla del servicio y el daño especial. Sin embargo en el caso de estudio, desestimó las pretensiones al señalar que no había prueba para configurar una u otra; pero además señaló que cuando se presenta una falla relativa del servicio, también queda exonerada la administración.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 13 de mayo de 1996, Expediente No. 10.627¹¹¹:

¹¹⁰Esta sentencia, trae a colación pronunciamientos del Consejo de Estado, donde ha estudiado el tema de los actos terroristas, bajo el título de imputación de falla del servicio, así como del daño especial, de la siguiente manera: “Reiteración Jurisprudencial de las sentencias de fechas 11 de diciembre de 1990, Exp. 5417, Ponente: Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO, 11 de noviembre de 1993, Exp. 8233, Ponente: Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ, 30 de octubre de 1997, Exp. 12273, Ponente: Dr. JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ, 7 DE octubre de 1994, Exp. 9343, Ponente: Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ, 5 de septiembre de 1996, Exp. 10461, Ponente: Dr. JESUS MARIA CARRILLO BALLESTEROS, 2 de mayo de 1998, Exp. 12508, Ponente: Dr. JESUS MARIA CARRILLO BALLESTEROS, 23 de septiembre de 1994, Exp. 8577, Ponente: Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA, 5 de julio de 1991, Exp. 1082, Ponente: Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ, 9 de febrero de 1995, Exp. 9550, Ponente: Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA, 4 de julio de 1997, Exp. 10098, Ponente: Dr. RICARDO HOYOS DUQUE, 10 de julio de 1997, Exp. 10229, Ponente: Dr. RICARDO HOYOS DUQUE, 14 de agosto de 1997, Exp. 10235, Ponente: Dr. RICARDO HOYOS DUQUE, 14 de agosto de 1997, Exp. 10490, Dr. RICARDO HOYOS DUQUE, 28 de agosto de 1997, Exp. 10697, Ponente: Dr. RICARDO HOYOS DUQUE, 22 de julio de 1996, Exp. 10396, Ponente: Dr. JESUS MARIA CARRILLO BALLESTEROS, sentencia No. 197 de 1993, con ponencia del Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL de la Corte Constitucional, Sentencia del 23 de septiembre de 1994, Expediente 8577, actor: Justo Vicente Cuervo Londoño, Sentencia de 10 de agosto de 2000, actor: Nohemy Revelo de Otálvaro, expediente: 11.585, Sentencia de 31 de octubre de 2001, actor: María Gemma Garzón de Jiménez y otros, expediente 12.951, Sentencia septiembre 23 de 1994, Actor: Justo Vicente Cuervo Londoño, Expediente 8.577, sentencia de 21 de febrero de 2002, expediente: 13.661, actores: Julio César Rosero Guasmayán y otra,.

¹¹¹ “Para fundamentar las pretensiones se narró en la demanda que el señor Gustavo Garrido Vecino, es propietario del bus de placas XW 1158, afiliado a la empresa de transporte de servicio público no “TRANSPORTES SAN SILVESTRE S.A.”.

Que el 9 de enero de 1990, cuando cumplía una ruta asignada por la empresa, el bus conducido por el señor Jorge Díaz Vega, fue abordado por un grupo de individuos fuertemente armados, que después de desviarlo de su ruta, le prendieron fuego al tiempo que lanzaban gritos y consignasen contra del gobierno.

La reparación del bus que quedó reducido a escombros, tuvo un costo de \$3'800.000, y demoró 6 meses, tiempo durante el cual su propietario se vio privado de una renta bruta promedio mensual de \$630.000.oo...”

La sala reiteró que la falla del servicio debe mirarse en cada caso concreto; y que no se puede pretender establecer dentro del Estado, la obligación tener un agente suyo para que acompañe y proteja a cada ciudadano o cada automotor (como en éste caso). Se desestima el asunto, bajo el estudio de la falla del servicio, por falta de pruebas para su configuración.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia del 10 de Agosto de 2000, Expediente No. 11.585¹¹²:

En este caso se pone de presente la distancia que toma el Consejo de Estado, de teorías asentadas en el derecho extranjero como el francés y el español, que propugnan por la inexistencia de responsabilidad ante los eventos de actos terroristas. Sin embargo la jurisprudencia aborda en este asunto, los títulos de imputación de la falla del servicio y el riesgo excepcional, para resaltar que en estos eventos, responde patrimonialmente el Estado.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de septiembre de 2002, Expediente No. 13742¹¹³:

En este caso, se resaltó la procedencia del estudio del título de imputación de la falla del servicio, para poder derivar responsabilidad al Estado; además de recordad que la falla del servicio, o mejor, la prestación del servicio, tiene un universo relativo.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de mayo de 2004, Expediente No. 15.393¹¹⁴:

En este caso, se desestimaron las suplicas de la demanda, al considerar que el régimen aplicable y su título de imputación, era el de falla del servicio; y que no se encontraba prueba alguna que llegara a colegir la responsabilidad de la entidad demandada, por

¹¹² Este referente jurisprudencial, se torna obligado frente al desarrollo y evolución del estudio de los actos terroristas, en especial bajo la óptica del riesgo excepcional; además refiere algunas sentencias sobre el riesgo excepcional como título de imputación aplicable a los actos terroristas; en este sentido: sentencia del 29 de abril de 1994, Expediente 7136. sentencia del 23 de septiembre de 1994, Expediente 8577, actor: Justo Vicente Cuervo Londoño.

¹¹³“Por lo tanto si bien se probó que el señor ELIÉCER COHEN DAZA, tripulante del avión HK 1803 de AVIANCA, falleció como consecuencia del ataque terrorista, ello no puede por sí solo vincular al Estado a resarcir los perjuicios pues éste no participó en la comisión (ni por acción ni por omisión) de los referidos hechos, y más bien como se puede observar en las pruebas que obran en el expediente, si fueron adoptadas las medidas necesarias y pertinentes al alcance de la administración para prevenir la ocurrencia de tragedias como la que sirve como causa petendi”

¹¹⁴ Señalan los hechos de la demanda que el señor CARLOS ALBERTO AROCA MINDIOLA, cuando se desplazaba en su camioneta por el municipio de la Paz- Cesar, como consecuencia de un enfrentamiento en la zona por parte de la fuerza pública y subversivos, resultó seriamente lesionado el señor CARLOS ALBERTO AROCA MINDIOLA con dos impactos de bala, uno en la pierna izquierda y otro en la nalga, por lo que debió ser trasladado de urgencia a la Clínica Valledupar, donde se le prestaron las asistencias médicas del caso, pero quedando con una incapacidad laboral del 80%, e igual porcentaje de pérdida de goce fisiológico.

cuanto no existía el elemento causal, para determinar que efectivamente había algún tipo de falla. Se consideró que existía la causal de exoneración "acto exclusivo de un tercero".

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de julio de 2004, Expediente No. 14318¹¹⁵:

En este asunto, se reiteró la posición de la procedencia del estudio de la responsabilidad extracontractual por actos terroristas, bajo los dos títulos de imputación, el principal de falla del servicio y el de riesgo excepcional. Aquí se desestimó la pretensión del demandante por considerar que no obraba ninguna prueba que permita inferir que, la actuación de la administración fue causa determinante del hecho; y tampoco para imputar el daño a la administración a título de riesgo. Del solo hecho del atentado no puede deducirse la responsabilidad de la administración¹¹⁶.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 30 de Noviembre de 2006, Expediente No. 15.523¹¹⁷:

En este caso, se hace un análisis comparativo de los títulos de imputación aplicables al estudio de los actos terroristas, los actos antes de la Constitución Política de 1991, y posterior a ella, para concluir que los títulos aplicables son la falla del servicio y el riesgo excepcional. Frente a este último, resaltó sus principales características¹¹⁸. También se

¹¹⁵ "La Sala resumió el estado de la jurisprudencia -hasta entonces- en materia de actos terroristas teniendo como referente los dos regímenes adoptados: falla del servicio y riesgo excepcional y, en todo caso, fundando la responsabilidad de la administración en la configuración de la imputación del daño como su principal elemento estructurante (...) En tal virtud, la jurisprudencia nacional, a partir del análisis judicial de las circunstancias fácticas, ha dejado establecido que los actos terroristas no constituyen per se presupuesto para generar responsabilidad extracontractual de la administración pública y sólo -de manera excepcional- el daño le resulta imputable, cuando el propio Estado ha creado el riesgo, o cuando ha incurrido en falla que se pueda considerar enlazada causalmente con la ocurrencia del atentado..."

¹¹⁶ En esta sentencia se hacen reseñas jurisprudenciales del título de imputación de falla del servicio, como del riesgo excepcional; por ejemplo el Expediente No. 11585 del 10 de agosto de 2000.

¹¹⁷ En esta sentencia se pone de presente, la jurisprudencia sobre el riesgo excepcional como título de imputación para el estudio de los actos terroristas. En este sentido; Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección III, 20 de febrero de 1989. Expediente 4655. Actor: Alfonso Sierra Velásquez, sentencia de la Sección III, del 16 de junio de 1997. Expediente 10024, sentencia de 14 de junio de 2001, expediente 12.696, actores: José Tulio Timaná y otros, sentencia de 14 de julio de 2004, exp. 14.592; Así mismo ver: sentencia de 10 de agosto de 2000, exp. 11.585. M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

¹¹⁸ "...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

resalta el distanciamiento con la doctrina extranjera respecto de la irresponsabilidad del Estado por actos terroristas.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de junio de 2007, Expediente No. 16460:

En este pronunciamiento, se reitera la jurisprudencia vigente dentro del Alto Tribunal, en el sentido que los Actos Terroristas pueden derivar responsabilidad del Estado cuando se presente una falla del servicio o un riesgo excepcional. Señalando situaciones para ejemplificar los eventos en que pudiera presentarse la obligación del Estado de indemnizar por los daños sufridos por los ciudadanos, señalando también la procedencia del daño especial por ruptura del equilibrio en las cargas públicas, aunque en su referencia parece confundirlo con el riesgo excepcional¹¹⁹.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de octubre de 2009, Expediente No. 17261:

En este pronunciamiento, se abordó el estudio del caso bajo la óptica del título de la falla del servicio, desestimando la aplicación del título de daño especial alegado en la demanda, por considerarse que no se satisfacen los elementos o presupuestos para la configuración y del mismo; y que por el contrario, se ubica la situación fáctica en el título general de atribución de responsabilidad. Dicho pronunciamiento desestimó las suplicas de la demanda.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 9 de junio de 2010, Expediente No. 18536:

En este pronunciamiento, se establece nuevamente la procedencia de la declaración de responsabilidad del Estado por actos cometidos por terceros, como los eventos

contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio...".

¹¹⁹ En este pronunciamiento, se resalta la posición de la jurisprudencia, frente a la falla del servicio, riesgo excepcional y el daño especial, en especial estos dos últimos títulos de imputación así: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencias de 8 de mayo de 1995, Exp. 8118, y 8163 de 13 de julio de 1993, C.P. Juan de Dios Montes Hernández; sentencias de la Sala Plena de 16 de julio de 1996, exp: 422 y de la Sección de 11 de diciembre de 1990, exp: 5417; 21 de marzo de 1991, exp: 5595; 19 de agosto de 1994, exp: 9276 y 8222; 13 de octubre de 1994, exp: 9557; 2 de febrero de 1995, exp: 9273; 16 de febrero de 1995, exp: 9040; 30 de marzo de 1995, exp: 9459; 27 de julio de 1995, exp: 9266; 15 de agosto de 1995, exp: 10.286; 6 de octubre de 1995, exp: 9587; 14 de marzo de 1996, exp: 11.038; 29 de marzo de 1996, exp: 10.920; y 29 de agosto de 1996, exp: 10.949 y 11 de julio de 1996, exp: 10.822, entre otras. Nuevamente se trae a colación, la sentencia del 10 de agosto de 2000, exp: 11.518 y sentencia del 18 de octubre de 2000, exp. 11.834.; además, Sentencia de 27 de enero 2000, exp: 8490. En igual sentido, sentencias de 3 de noviembre de 1994, exp: 7310; 15 de marzo de 1996, exp: 9034; 28 de abril de 1994, exp: 7733; 17 de junio de 1973, exp: 7533; 10 de agosto de 2000, exp. 11.585; 21 de febrero de 2002, exp: 13.661, 20 de mayo de 2004, exp: 14.405; de 13 de mayo de 1996, exp: 10.627 y 5 de septiembre de 1996, exp: 10.461, y sentencia de 23 de septiembre de 1994, exp: 7577.

terroristas, reiterando la jurisprudencia vigente dentro del Alto Tribunal, y explicando de manera detallada la aplicación de los títulos de imputación de falla del servicio, riesgo excepcional y el daño especial¹²⁰.”

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 7 de Julio de 2011, Expediente No. 20835:

En este pronunciamiento, se deduce la responsabilidad del Estado, amparado en el título de imputación de daño especial, además de reseñar la jurisprudencia que sobre el tema ha elaborado el Consejo de Estado. Resaltando las características que se predicán de este título de imputación¹²¹.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 28 de Septiembre de 2011, Expediente No. 20571:

Este pronunciamiento, continúa la línea argumentativa trazada respecto de la procedencia de la responsabilidad del Estado por hechos de terceros, como en los actos terroristas, confirmando la procedencia de los títulos de imputación mencionados, reiterando la evolución jurisprudencial¹²².

¹²⁰ Este pronunciamiento refiere la jurisprudencia decantada y reiterada de los actos terroristas por falla del servicio, riesgo excepcional y daño especial, resaltando las de estos dos últimos y reiterando la evolución de la jurisprudencia así: Con fundamento en ese título de imputación se accedió a las pretensiones de los demandantes en sentencias de la Sala Plena de 16 de julio de 1996, exp: 422 y de la Sección de 11 de diciembre de 1990, exp: 5417; 21 de marzo de 1991, exp: 5595; 19 de agosto de 1994, exp: 9276 y 8222; 13 de octubre de 1994, exp: 9557; 2 de febrero de 1995, exp: 9273; 16 de febrero de 1995, exp: 9040; 30 de marzo de 1995, exp: 9459; 27 de julio de 1995, exp: 9266; 15 de agosto de 1995, exp: 10.286; 6 de octubre de 1995, exp: 9587; 14 de marzo de 1996, exp: 11.038; 29 de marzo de 1996, exp: 10.920; y 29 de agosto de 1996, exp: 10.949 y 11 de julio de 1996, exp: 10.822, entre otras. Así como en Sentencia de 23 de septiembre de 1994, exp: 7577, Sentencia de 27 de enero 2000, exp: 8490, sentencias de 3 de noviembre de 1994, exp: 7310; 15 de marzo de 1996, exp: 9034; 28 de abril de 1994, exp: 7733; 17 de junio de 1973, exp: 7533; 10 de agosto de 2000, exp. 11.585; 21 de febrero de 2002, exp: 13.661, 20 de mayo de 2004, exp: 14.405; de 13 de mayo de 1996, exp: 10.627 y 5 de septiembre de 1996, exp: 10.461. Además resalta la Sentencia de 8 de febrero de 1999, Exp. 10731; y la de 23 de septiembre de 1994, en la que por primera vez se aplicó el daño especial como título de imputación por atentados terrorista, exp. 8577; 21 de febrero de 2002, exp. 13661.

¹²¹ En el presente caso, el análisis de los hechos arroja como resultado la ocurrencia de un daño, que a todas luces tiene la característica de ser anormal y excepcional, es decir, un daño antijurídico que los demandantes no tenían la obligación de soportar en cuanto les impuso una carga claramente desigual respecto de la que asumen comúnmente los ciudadanos como consecuencia de la labor de mantenimiento del orden público que cumplía el Estado por medio del poder, la función y la fuerza de policía.

¹²² “...Así entonces, los regímenes de responsabilidad aplicables frente a daños causados por terceros en atentados terroristas y hechos violentos, como el que hoy ocupa a la Sala, son la falla del servicio, el riesgo excepcional y el daño especial.”

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 27 de octubre de 2011, Expediente No. 18988:

Este pronunciamiento no dista de lo establecido por el alto tribunal, en cuanto a la procedencia de los títulos de imputación de la falla del servicio, el riesgo excepcional y el daño especial para derivar responsabilidad del Estado por actos terroristas¹²³.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 15 de noviembre de 2011, Expediente No. 21057:

Este pronunciamiento, continúa la reiteración jurisprudencia acerca de la procedencia del estudio de los actos terroristas bajo los títulos de imputación mencionados¹²⁴.

Refiere las sentencias: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de noviembre de 2009, radicación No. 17138; sentencia del 6 de marzo de 2008, radicación No. 14443; sentencia del 26 de enero de 2011, radicación No. 18617; sentencia del 25 de febrero de 2009, radicación No. 18106; sentencia del 11 de noviembre de 2009, radicación No. 17138; sentencia del 25 de febrero de 2009, radicación No. 18106; sentencia del 1° de abril de 2009, radicación No. 16836; sentencia del 4 de diciembre de 2007, radicación No. 16894; y, sentencia del 10 de marzo de 2005, radicación No.14395.

¹²³El presente pronunciamiento reitera la posición de la jurisprudencia sobre la existencia de los tres títulos de imputación por medio de los cuales procede el estudio de los actos terroristas; la falla del servicio, el riesgo excepcional y el daño especial. En este sentido, además reseña pronunciamientos que decantan esta línea, como: Las sentencias de la Sección Tercera de 11 de diciembre de 1990, exp. 541; 21 de marzo de 1991, exp. 559; 19 de agosto de 1994, exp. 9276 y 8222; 2 de febrero de 1995, exp. 9273; 16 de febrero de 1995, exp. 9040; 30 de marzo de 1995, exp. 9459; 27 de julio de 1995, exp. 9266; 6 de octubre de 1995, exp. 9587; 14 de marzo de 1996, exp. 11038; 29 de agosto de 1996, exp. 10949 y 11 de julio de 1996, exp. 10822; entre otras.

Además resalta las sentencias de fechas: 10 de agosto de 2000, exp. 11518; 18 de octubre de 2000, exp. 11834; 23 de septiembre de 1994, exp. 7577; 27 de enero 2000, exp. 8490; 15 de marzo de 1996, exp. 9034; 28 de abril de 1994, exp. 7733; 17 de junio de 1993, exp. 7533; 13 de mayo de 1996, exp. 10627; 5 de septiembre de 1996, exp. 10461; 10 de agosto de 2000, exp. 11585; 21 de febrero de 2002, exp. 13661; 20 de mayo de 2004, exp. 14405; 23 de septiembre de 1994, exp. 8577; 24 de noviembre de 2005, exps. 15054 – 15361; y, del 1 de octubre de 2008, exp. 16920.

¹²⁴ Reitera la posición abordada en sentencias anteriores como la de 27 de noviembre de 2011, expediente No. 18988, señalando: "... la teoría del daño especial reúne una buena muestra de los eventos en que, con el ánimo de buscar un resultado satisfactorio desde una óptica de justicia material, se utiliza la equidad para reequilibrar las cargas públicas, honrando así el principio de igualdad. En otras palabras, la teoría del daño especial, contando con el substrato de la equidad que debe inspirar toda decisión judicial, se vale de la igualdad para fundamentar las soluciones que buscan restablecer el equilibrio ante las cargas de la administración en situaciones concretas, objetivo que se alcanza gracias a la asunción del principio de solidaridad como argumento de impulsión de la acción reparadora del Estado, como se observará al momento de considerar el caso concreto.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 18 de enero de 2012, Expediente No. 18154:

En este pronunciamiento se abordó el estudio del caso de un acto terrorista, bajo el título de daño especial, resaltando los elementos que la estructuran y que permiten deducir la responsabilidad del Estado¹²⁵.

En este orden de ideas, queda establecido que el régimen subjetivo, constituye el régimen general de responsabilidad del Estado, y tratándose de los actos terroristas no es la excepción. La falla de servicio como título de imputación del régimen subjetivo de responsabilidad extracontractual, es el título principal para estudiar los casos sometidos a la jurisdicción.

¹²⁵ Este pronunciamiento se basa en el título de imputación del daño especial para los actos terroristas, y refiere de la misma forma, el precedente consignado en la sentencia del 18 de marzo de 2010, rad 15591.

2.El Estado social de derecho, principios y responsabilidades

2.1 Estado social de derecho y la responsabilidad extracontractual del estado

Colombia se definió como un Estado Social del Derecho (ESD), conforme el artículo 2 de la carta política. Mucho se ha escrito sobre el concepto, alcances y principios del ESD, pero el tema no pierde importancia, máxime cuando la mayoría de los elementos que lo componen, integran y permiten su realización, se encuentran aun sin plena satisfacción.

El ESD, es el que deviene una vez se ha instalado el Estado de Derecho como consecuencia de las revoluciones liberales de finales del siglo XIX, y cuando éste fracasó debido a muchos factores, como la industrialización por ejemplo, generando la necesidad de reorganizar el Estado bajo otros pilares; en este sentido, el ESD sigue siendo Estado de Derecho pero con otros matices.

Para determinar el significado del ESD, analicemos los antecedentes del Estado de Derecho con sus fundamentos y pilares, en especial “el imperio de la Ley” y su correspondiente evolución¹²⁶.

Lucas Verdú¹²⁷ señala que ya “la antigüedad griega mantuvo un ideal del dominio de la ley frente al capricho despótico”; además, que “en la Edad Media Cristiana las controversias sobre el constitutivo formal de la ley entre voluntarista e intelectualistas contribuyen a perfilar las características de la racionalidad de la ley frente a caprichos de la voluntad despótica”. Sin embargo, es claro que las bases de la sujeción y el imperio de la actuación, no se hallaban en una norma de tipo jurídico, centrándose más en reglas de índole ético, moral o religioso¹²⁸.

El Estado de Derecho se erige como aquel regido por las normas jurídicas, que son expresión de la voluntad soberana, sea nacional o popular y que somete la actuación de la administración a dichas normas, para garantizar el desarrollo de las libertades del

¹²⁶ DIAZ, Elías. El Estado de Derecho y Sociedad Democrática. Ed. Taurus; 1998, Madrid. 203 p.

¹²⁷ Ver VERDÚ, Pablo Lucas; en DIAZ, Elías. El Estado de Derecho y Sociedad Democrática. Ed. Taurus; 1998, Madrid. Cit; p 35.

¹²⁸ Ídem, pp. 36 y 37.

ciudadano. En este sentido, se establece claramente que no todo Estado que se sujete a unas reglas es Estado de Derecho, y que en últimas, incluso aquellos que están sometidos a reglas de derecho, tampoco lo son, cuando estas no son expresión de la voluntad soberana, como en los Estados absolutistas.

Elías Díaz, trae a colación el artículo 16 de la declaración de 1789, que establecía: “La sociedad en que la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes determinada carece de constitución”. No toda sociedad tiene, pues en rigor y según esto, constitución; no serán así sistemas constitucionales aquellos donde estas condiciones no se cumplan¹²⁹. En este orden de ideas, Estado de Derecho, será igual a Estado Constitucional, pero no todo Estado será Constitucional de Derecho.

La expresión Estado de Derecho (Rechtsstaat) aparece por primera vez en la obra de Robert Von Mhol en 1832- 1833, y se ha identificado como una organización política basada en el imperio de la ley, división o separación de poderes, legalidad de la administración y la garantía de derechos y libertades individuales¹³⁰. Frente a la concepción del Estado Moderno (Estado de Derecho o Estado Constitucional), se ha escrito por el constitucionalismo lo que encierra el mismo; empero, algunos autores se han aventurado a precisar, que elementos esenciales se pueden predicar del mismo¹³¹. Un elemento importante para el Estado de Derecho y para garantizar la sujeción del Estado al derecho, es la responsabilidad. La consagración de los efectos sancionatorios ante el desconocimiento de la ley (derecho en sentido amplio), es la herramienta indispensable para hablar de la realización del sometimiento de la administración¹³².

La fórmula del Estado de Derecho, se torna insuficiente una vez se presenta el traslado de la sociedad agraria a las urbes, con el advenimiento de la revolución industrial, el desarrollo tecnológico y las nuevas necesidades de los ciudadanos, lo que obliga a replantear sus bases y redefinir el Estado. En esta pretensión surge el Estado Social de Derecho, y se pasa de un Estado interesado en frenar los excesos y estimular las libertades individuales, a un Estado que le corresponde intervenir activamente para la satisfacción de las nuevas necesidades y como promotor del desarrollo económico y social, ya no solo dejando a libertad de la voluntad individual dicho cometido.

En la época en que nos encontramos, se han registrado grandes cambios en aspectos como lo social, económico, cultural, etc., y este cambio no podía ser ajeno al Estado, quien ha sufrido un proceso de transformación y adaptación en sus elementos estructurantes y en su desarrollo¹³³.

¹²⁹ Ídem, p 40.

¹³⁰ Ídem, p 43.

¹³¹ Ver DIPPEL, Horst, en MARQUARDT, Bernd, Los Dos Siglos del Estado Constitucional en América Latina (1810-2010). Ed. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá 2011, Tomos I y II.

¹³² Al respecto ver a GARCÍA DE ENTERRÍA, La Lucha Contra las Inmunidades en el Derecho Administrativo, en el escenario de una conferencia en Barcelona en 1962.

¹³³ GARCÍA-PELAYO, Manuel. Las transformaciones del Estado contemporáneo. Ed. Alianza Universidad. 1994, Madrid, pp. 13-83.

El ESD es un concepto introducido por Lorenz Von Stein, en 1850 y que adopta la Ley Fundamental de la República Alemana de 1949. Se define el Estado Social, como aquel que pretende ofrecer el ambiente superior y libre para el desarrollo de las personalidades de cada uno de los individuos de la sociedad; superando la concepción y defensa de intereses particulares que se dan en la sociedad, para procurar el interés y bienestar social (general)¹³⁴. Este se erige como la transformación del Estado de Derecho, que se adopta como modelo para implementar en todos los países de occidente, principalmente los que se encuentran en transición (económica)¹³⁵.

Este Estado debe ser fuerte y contar con lo necesario para orientar a la sociedad, para que no degenera en miseria pues la sociedad es orientada por el interés particular y la propiedad privada, lo que enajena a las personas y las lleva a la miseria¹³⁶. Se distingue entre el Estado desde el punto político y social, y se predica que Estado social busca satisfacer intereses generales, pero no coincide con un socialismo, sino que se inserta en un sistema económico del neocapitalismo¹³⁷.

El proceso de evolución y desarrollo del Estado Social de Derecho sin embargo, no se presenta de manera pacífica, por cuanto el modelo económico planteado para el Estado de Derecho, era el liberal-individual (capitalista). Ahora con el advenimiento del ESD, se da prevalencia a la comunidad y al bienestar general sobre el particular, pero con las tensiones que genera la existencia de un capitalismo más desarrollado que el primigenio o clásico, “el neocapitalismo”¹³⁸.

El Estado Social, coincide en muchos aspectos con el neocapitalismo, en sus objetivos, en el crecimiento del consumo y bienestar social, en la significación de la tecnología, en la economía de mercados y en los actores del sistema¹³⁹. El punto principal de un Estado Social, es el sistema económico, por cuanto debe partirse de la existencia de gran sistema general, con unos subsistemas entrelazados y en constante interacción, como el Estado, el sistema económico y la sociedad.

El sistema económico del neocapitalismo, supera el planteado en el Estado liberal, donde el Estado tenía que ofrecer unas condiciones sin inmiscuirse, para que el mercado

¹³⁴ Ídem.

¹³⁵ Ídem.

¹³⁶ Ídem.

¹³⁷ Ídem.

¹³⁸ En este aspecto es importante ver las ideas de Elías Díaz en “Estado de Derecho y Sociedad democrática”, por cuanto el sugiere, tomando como punto de partida a Forsthoff, que el Estado social es incompatible con el neocapitalismo y por ello, aun cuando sea una avance el Estado social frente al Estado de derecho, se debe propugnar por una Estado social democrático de derecho.

¹³⁹ GARCÍA-PELAYO, Manuel. Las transformaciones del Estado contemporáneo. Ed. Alianza Universidad. 1994, Madrid. pp. 13-83

fluyera libremente, para contar con un Estado proactivo en el sistema económico, participante a través de la empresa y de la garantía de prestaciones para los obreros y la sociedad en general.

Ante las nuevas realidades del mundo industrializado y los problemas que se generan, el Estado intenta superar esas preocupaciones parciales de la sociedad en el Estado tradicional y procura involucrarse con los problemas a nivel general para solucionarlos, su ámbito es amplio, general y no parcial. El Estado Social es una adaptación obligada y necesaria del Estado Tradicional para no caer en el socialismo o en el fascismo.

Se introduce un Estado actor, preocupado por la necesidades y toma el papel de director de todo el sistema económico, el cual se interrelaciona con el social y el político, en un gran sistema que se auto referencia y permite el desarrollo de esta adaptación. Este actor del sistema, aplica la planificación y busca la satisfacción de las necesidades, no solo de las clases menos favorecidas, las cuales en ocasiones requieren medidas especiales. No se trata aquí de subsidiar a un sector pobre exclusivamente, se trata de brindar beneficios a todas las clases incluida la media, que ha venido creciendo significativamente¹⁴⁰.

El Estado Social se define como aquel que garantiza unos mínimos para el desarrollo de los miembros de la sociedad moderna; lo que deviene en un Estado del bienestar o Welfare State. Lo característico del ESD, es sin duda alguna, el propósito de compatibilizar en un mismo sistema dos elementos: uno, el capitalismo como forma de producción, y otro, la consecución de un bienestar social general. La creencia en la posibilidad de semejante compatibilidad constituye el elemento psicológico, y al mismo tiempo ideológico, que sirve de base al neocapitalismo típico del Welfare State¹⁴¹.

El Estado de Bienestar, ha sido criticado por autores como Tierno Galván¹⁴², por considerar que lleva a un hombre occidental trivializado y por la facilidad y el nivel de consumo. Sustenta esta afirmación en la definición de Bienestar en mundo occidental que presenta y los elementos que lo configuran, a saber: “En principio, el retroceso de la enfermedad y las mayores garantías ante la muerte”; “cuando el occidental dice bienestar, dice también garantías de buena salud”¹⁴³. “En segundo lugar, bienestar significa descenso al mínimo de las dificultades en los instrumentos”; “esta actitud, que es al mismo tiempo un elemento básico del bienestar, puede llamarse con el nombre genérico de comodidad”¹⁴⁴. “En tercer lugar, el bienestar significa un nivel de consumo suficiente para que la conciencia de clase no sea mauvaise conscience. El ámbito del

¹⁴⁰ Ídem.

¹⁴¹ DIAZ, Elías. El Estado de Derecho y Sociedad Democrática. Ed. Taurus; 1998, Madrid. p 111.

¹⁴² Ver a TIERNO GALVÁN, Enrique; en DIAZ, Elías. El Estado de Derecho y Sociedad Democrática. Ed. Taurus; 1998, Madrid. Cit.; p 118.

¹⁴³ Ídem, p 118.

¹⁴⁴ Ídem.

bienestar exige que aquello que en general se entiende que son necesidades primarias y secundarias queden cubiertas para todos con un mismo índice de eficacia. Todos han de tener nevera, lavadora, coche”. Éste es, se subraya, un punto importante: la cultura del neocapitalismo exige, en efecto, una cierta difusión y extensión del bienestar; la contemplación de la pobreza ajena puede ser en la sensibilidad actual un obstáculo para el propio bienestar. Pero no hay que hacerse demasiadas ilusiones: “la mala conciencia” se aplaca relativamente pronto¹⁴⁵. “En cuarto lugar, bienestar significa un nivel de consumo estético y de ocio semejante, al menos en los niveles mínimos. En quinto lugar, finalmente, bienestar significa confianza en los poderes de este mundo”.¹⁴⁶

Ahora bien, en el ESD se requiere la Interacción entre Estado y sociedad; por cuanto anteriormente, se concebían como dos sistemas autónomos, con existencia propia e independiente; sin embargo, hoy los dos se encuentran relacionados y pertenecen a un metasistema, además de necesitarse mutuamente para su existencia recíproca. El Estado debe procurar integrar y estructurar la propiedad, mientras que la misma sociedad le implica irse amoldando para estructurarse.

En este nuevo enfoque del Estado, surge la teoría de la procura existencial promovida por Forsthoff¹⁴⁷; quien señala que un hecho clave es el cambio que trae consigo la revolución industrial. Los procesos de industrialización cambian completamente las estructuras de trabajo y los modos de vida, conllevando una explosión demográfica sin precedentes que, a su vez, genera importantes movimientos poblacionales del campo a la ciudad. Este aumento se caracteriza por el fenómeno de la concentración: la gente se concentra en las ciudades -en ellas está el trabajo-, y se concentra en fábricas vez más grandes- donde se desarrollan largas jornadas laborales-; y finalmente, se concentra también en sus casas, cada vez más pequeñas, para con ello hacer frente al crecimiento de los núcleos urbanos¹⁴⁸.

Estas circunstancias cambian el entrono social en el que se desarrollan las relaciones sociales, llevando a que cambie también el entorno vital de de las personas; en este orden de ideas, surge lo que Forsthoff denomina espacio vital dominado y espacio vital efectivo¹⁴⁹. El primero entendido como el espacio que el individuo considera y siente como propio, donde puede ejercer un dominio y control; mientras que el segundo es el espacio en el que la vida de los individuos se cumple y realiza efectivamente. Los cambios sociales llevan al individuo a un modo de vida de ámbito dilatado, donde cada vez es menor el espacio vital dominado y mayor el espacio vital efectivo¹⁵⁰; llevándolo a

¹⁴⁵ Ídem, p. 119.

¹⁴⁶ Ídem.

¹⁴⁷ Ver a FORSTHOFF, Ernst, en MAGALDI, Nuria, “Procura Existencial, Estado de Derecho y Estado Social”, Universidad Externado. 2007, Bogotá. Además en GARCÍA- PELAYO, Manuel, “Las transformaciones del Estado contemporáneo. Ed. Alianza Universidad. 1994, Madrid.

¹⁴⁸ MAGALDI, Nuria, “Procura Existencial, Estado de Derecho y Estado Social”, Universidad Externado. 2007, p 71.

¹⁴⁹ Ídem, p. 72.

¹⁵⁰ Idem.

una relación de necesidad de relacionarse con otros individuos para satisfacer esas necesidades que escapan de su órbita de competencia o ámbito de dominio.

Surge así la denominada necesidad social, como la situación en la que se encuentra la persona que no puede abastecerse por sus propias fuerzas y dominio, de las necesidades para el desarrollo vital de sí mismo bajo el concepto de “apropiación”¹⁵¹. La procura existencial, se define entonces como el conjunto de medidas o dispositivos que se adoptan para la satisfacción de las necesidades de apropiación¹⁵².

Ahora bien, en este nuevo estadio constitucional del Estado Social, y ante las necesidades por satisfacer a la comunidad; debe presentarse un Estado fuerte y robusto para cumplir con las nuevas finalidades. El Estado siempre ha sido un distribuidor, pero en el Estado Social, se convierte en un distribuidor y redistribuidor a través de la carga impositiva para encaminar esos recursos a la procura existencial. Las relaciones de poder y la estructura de poder han cambiado en este Estado social, donde no coincide el propietario de los medios de producción, con quienes ejercen la administración y dominio de los mismos, en este sentido, el Estado no debe ser más un propietario sino, un verdadero manager, para un eficiente desarrollo de las empresas.

En este sentido, ya no interesa la titularidad de los medios de producción, sino que se enfoca en la distribución de la producción de los mismos, sin pretender convertirse en socialismo. La procura existencial implica pasar de una justicia conmutativa a una justicia distributiva, que se puede dar de manera general y de manera especial en algunos casos, sobre grupos de población específica. Básicamente se distribuye las cargas y los bienes y servicios dentro de la sociedad, teniendo en cuenta o considerando a las poblaciones, adinerados y los menos favorecidos¹⁵³.

El poder ejecutivo, tiene una preponderancia por su papel de manager y administrador que toma decisiones para las realidades sociales, sobre el parlamento; pues éste último, era quien expresaba otrora la participación del ciudadano en las decisiones, pero hoy en día el ciudadano presiona y reclama sus intereses directamente o a través de las organizaciones, las cuales cumplen una rol activo que las convierte en parte de la naturaleza del Estado Social¹⁵⁴. La ley abstracta, general y formal, es reemplazada por acciones administrativas concretas mediante el reglamento, el decreto y las medidas administrativas.

Realmente el papel del Estado cambió y su rol fundamental es la integración de todos sus recursos para decidir y direccionar todo el sistema, verificando que no se

¹⁵¹ Concepto tomado por Forsthoff de Webber.

¹⁵² MAGALDI, Nuria, “Procura Existencial, Estado de Derecho y Estado Social”, Universidad Externado. 2007, p 85.

¹⁵³ GARCÍA- PELAYO, Manuel, “Las transformaciones del Estado contemporáneo. Ed. Alianza Universidad. 1994, Madrid p 31.

¹⁵⁴ Ídem, pp. 40-51.

contrapongan los elementos del mismo. Este nuevo Estado, se legitima mediante su eficacia, por su funcionalidad¹⁵⁵.

Importante resulta también, ver las bases de la soberanía en este Estado social y el papel integrador que cumple dentro de la sociedad; en este sentido, en el Estado tradicional se hablaba de nación, pero esta nación realmente no comprendía a la clase obrera y trabajadora. Lo que pretende el Estado Social a través siempre de su papel integrador, es dar cabida a esa nación, a los bienes culturales, a todos los ciudadanos, comprendiendo su pluralidad.

Esta introducción a la nación de las comunidades obreras y trabajadores, se da con unas obligaciones de los individuos para sus pares, de éstos con la generalidad, y del Estado para con ellos. Se trata de la integración de la sociedad y la comunidad nacional de la clase obrera y trabajadora, a la comunidad cultural y a la toma decisiones y procura por sus reivindicaciones.

Por su parte, no siempre coincide una concepción de Estado con una concepción política y a través de la historia se han utilizado de manera indiscriminada queriendo denotar uno u otro. Sin embargo la democracia es distinta del Estado social, aunque en una democracia se desarrolla de manera ideal el Estado social. Aquí es importante el papel activo de los partidos políticos, de las organizaciones de intereses y de los sindicatos, los cuales al ser actores dentro de la democracia, conllevan a una autorregulación por parte del mismo Estado por las opiniones y presiones de estos, así como por la opinión pública¹⁵⁶.

Vemos entonces como ha evolucionado este Estado social, desde la óptica de la concepción, origen, fundamentos, finalidades, las relaciones sociales, entre otros aspectos; resaltando el papel esencial que cumple el aspecto social y económico. Se verifica el papel de la sociedad impulsando al Estado, quien a su vez, participa activamente en el sistema económico, el cual repercute al final en un desarrollo económico para todos, que nutre el gran sistema, pues se impulsa la economía del mercado por parte del Estado social, la sociedad obtiene mayores ingresos y consume más y el mercado tiene que producir más para la realización de las necesidades demandas por la sociedad, convirtiéndose en un ciclo activo de participación e interacción de los tres subsistemas.

La importancia del ESD en la responsabilidad extracontractual es medular; teniendo en cuenta que por el rol que desempeña el Estado en este diseño, impone unas obligaciones positivas que se materializan en acciones, las cuales si se cumplen de manera inadecuada, o si se cumplen generando daños, hace emerger la responsabilidad del Estado como herramienta jurídica que evite las desigualdades y las injusticias. Por esta razón, la responsabilidad se erige como principio fundamental dentro del ESD.

En Colombia el ESD, ha sido estudiado a partir de la consagración del artículo 2 de la Carta de 1991; en este sentido, la Corte Constitucional, ha abordado el tema in extenso

¹⁵⁵ Ídem, p. 35.

¹⁵⁶ Ídem.

en desarrollo de máximo juez constitucional, señalando su origen, evolución, alcance y aplicación de casos específicos. En la sentencia C-1064 de 2001 por ejemplo, señaló su origen de la siguiente manera:

“4.1. Del concepto de Estado Social de Derecho

4.1.1. Breve referencia histórica

“La fórmula política del Estado Social de Derecho surge en la postguerra europea como una forma de organización estatal que pretende corregir las limitaciones de la concepción clásica del Estado de Derecho, expresión política de una sociedad compuesta por individuos concebidos abstractamente como libres e iguales. La teoría del Estado del siglo XIX y principios del XX partía de la idea del ciudadano como persona adulta, letrada, propietaria, generalmente masculina, y libre frente al poder público. Desde esta perspectiva, la sociedad era autónoma para el aseguramiento de su reproducción material y cultural, por lo que el Estado estaba prioritariamente destinado a proteger a las personas frente a peligros internos y externos por medio de la policía, el ejército y la justicia. No obstante, la recesión económica de la primera posguerra y la expansión de las ideas socialistas, acompañadas de reacciones de corte igualitario dentro de las doctrinas liberales y conservadoras, así como la creciente industrialización y tecnificación de las sociedades, vinieron a dejar en claro hasta qué punto el ser humano no es realmente libre e igual debido a limitaciones naturales y sociales, dentro de las cuales sobresalen las económicas. Es por ello que se acepta que, en muchos casos, la libertad y la igualdad requieren para su realización de medidas, acciones, prestaciones, servicios, que la persona, por sí misma, no puede asegurar. El Estado de derecho evolucionó así, de un Estado liberal democrático a uno social, también democrático, animado por el propósito de que los presupuestos materiales de la libertad y la igualdad para todos estén efectivamente asegurados.

El surgimiento histórico de este modelo de organización, identificado ahora como Estado Social de Derecho, muestra, entonces, la convergencia de las ideas socialistas, de la tradición liberal y del pensamiento social cristiano. En la segunda mitad del siglo XIX, la preocupación por la “cuestión social” llevaría inicialmente a la adopción de leyes sociales de protección a las personas frente a situaciones de grave y urgente necesidad. Pero no sería sino después de las dos guerras mundiales que ella vendría a plasmarse en la propia configuración del Estado. Pese a que el Estado interviene ampliamente en la vida social y económica en las primeras décadas del siglo XX, para corregir las disfunciones originadas en el modelo económico y político, en la Constitución de Weimar (1919), las normas sociales relativas al derecho al trabajo, a la seguridad social, a la asistencia pública, etc., sólo tendrían un carácter programático. Lo mismo puede decirse en nuestro continente de la Constitución de México (1917) proclamada una vez terminada la revolución. Dentro del mismo espíritu se destaca en nuestra historia constitucional la Reforma de 1936 adoptada como parte de la “revolución en marcha”. En los Estados Unidos, sin reforma al texto constitucional, los cambios jurisprudenciales después de una crisis institucional profunda le abrieron paso al “New Deal”. Ahora, en la tradición romano-germánica, es el teórico alemán Herman Heller quien vendrá a conceptualizar la incidencia de lo social en la teoría del Estado y a acuñar la idea misma del “Estado social de derecho”. Alemania tendría que superar primero la dictadura nazi para finalmente acoger la forma de Estado social de derecho en la Constitución de Bonn de 1949. Luego sería España quien

acogería esta forma de Estado en la Constitución de 1978, en un país cuya Carta Fundamental de 1931 fue también innovadora en lo social. En la Constitución colombiana de 1991 la fórmula del Estado Social de Derecho acogida como primera oración del articulado constitucional, refleja también el consenso de las diversas tendencias, fuerzas y grupos políticos representados en la Asamblea Nacional Constituyente en el sentido de orientar al Estado de derecho de conformidad con los derechos, objetivos y principios sociales reconocidos en la Constitución.”

“Por otra parte, es importante subrayar que el Estado Social de Derecho como fórmula política no es idéntico, ni su relación necesaria con el modelo económico del “Estado de bienestar”. El Estado de bienestar es compatible con el Estado Social de Derecho pero no es su única manifestación institucional. Tal diferencia ya ha sido subrayada por esta Corporación en una anterior ocasión cuando sostuvo:

“El llamado Estado de bienestar o Welfare State, tan criticado por doctrinas contrapuestas como el liberalismo tradicional o la teoría marxista, no es consecuencia necesaria del carácter social de nuestro Estado de derecho. Por el contrario, éste trasciende las contradicciones que el primero evidenció históricamente. En efecto, el Estado de bienestar, que pretendió promover a extensos sectores marginados de los beneficios sociales a través de una política económica basada en la construcción de obras públicas, en el subsidio a diversas actividades de producción y en la extensión de servicios gratuitos, desembocó en muchos casos en crisis fiscal y evidenció sus contradicciones al transferir más poder a los grupos poderosos de la sociedad contratados por el mismo Estado para acometer sus proyectos y liberados por éste de la prestación de otros servicios. A lo anterior se vino a sumar el crecimiento incontrolado del aparato burocrático administrativo y su ineficiencia para resolver los problemas de una sociedad capitalista compleja.

El Estado como instrumento de justicia social, basado en una economía social de mercado, con iniciativa privada, pero en la que se ejerce una cierta intervención redistributiva de la riqueza y de los recursos, permite corregir los excesos individuales o colectivistas.

El sistema económico en el Estado social de derecho, con sus características de propiedad privada de los medios de producción, libertad de empresa, iniciativa privada e intervencionismo estatal, está orientado según un contenido humano y por la aspiración de alcanzar los fines esenciales de la organización social. Por ello, el ordenamiento jurídico consagra tanto derechos programáticos, que dependen de las posibilidades presupuestales del país, como derechos prestacionales¹⁵⁷ que dan lugar - cuando se cumplen los requisitos para ello - al ejercicio

¹⁵⁷ Corte Constitucional Sentencia T-427-92.

de un derecho público subjetivo en cabeza del individuo y a cargo del Estado.”¹⁵⁸

“Cabe resaltar, pues, que a diferencia del Estado de Derecho que atiende exclusivamente a un concepto formal de igualdad y libertad, en el Estado Social de Derecho la igualdad material es determinante como principio fundamental que guía las tareas del Estado con el fin de corregir las desigualdades existentes, promover la inclusión y la participación y garantizar a las personas o grupos en situación de desventaja el goce efectivo de sus derechos fundamentales. De esta forma, el Estado Social de Derecho busca realizar la justicia social y la dignidad humana mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional”.

Por su parte, en sentencia SU 111 de 1997, la Corte Constitucional señaló el alcance del ESD, en los siguientes términos:

“CLAUSULA DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO-Alcance

“La cláusula del Estado social de derecho tiene el poder jurídico de movilizar a los órganos públicos en el sentido de concretar, en cada momento histórico, un modo de vida público y comunitario que ofrezca a las personas las condiciones materiales adecuadas para gozar de una igual libertad. No puede pretenderse, que de la cláusula del Estado social surjan directamente derechos a prestaciones concretas a cargo del Estado, lo mismo que las obligaciones correlativas a éstos. La individualización de los derechos sociales, económicos y culturales, no puede hacerse al margen de la ley y de las posibilidades financieras del Estado. El legislador está sujeto a la obligación de ejecutar el mandato social de la Constitución, para lo cual debe crear instituciones, procedimientos y destinar prioritariamente a su concreción material los recursos del erario”.

Ahora bien, en cuanto a la responsabilidad dentro del ESD, la Corte Constitucional no ha dudado en darle a este principio, la connotación de elemento esencial dentro del mismo, al respecto en la sentencia C-232 de 2002, señaló:

“Uno de los elementos más importantes en el proceso de edificación del Estado Social de Derecho lo constituye la relevancia que ha tomado en el ordenamiento jurídico el principio de responsabilidad, mirado no solamente desde la orbita del Estado sino también de los particulares. La afirmación del principio de responsabilidad se hace evidente, en efecto, a través de varios elementos que reorientan en forma significativa tanto las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, como el entendimiento del papel de los agentes estatales y del cumplimiento de las funciones públicas. Así, la consolidación de la responsabilidad estatal para responder por el daño antijurídico causado por sus agentes, la transformación del nivel de responsabilidad del agente estatal en relación con sus funciones y la posibilidad de comprometer su propio patrimonio en determinadas circunstancias, el establecimiento de una lógica de

¹⁵⁸ Corte Constitucional Sentencia T-533-92.

corresponsabilidad entre el Estado y los ciudadanos en el manejo de los asuntos públicos que pretende superar la visión tradicional de la esfera de lo puramente Estatal y de lo puramente privado, son entre otras¹⁵⁹, manifestaciones de un mayor énfasis de los sistemas jurídicos en este principio que busca garantizar el cumplimiento eficiente de las tareas públicas.

La Carta de 1991 estableció en el artículo 90, en este sentido, la cláusula general de responsabilidad patrimonial que cabe por el daño antijurídico que sea imputable al Estado, por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo que ha significado un importante avance para garantizar a los ciudadanos el resarcimiento de los perjuicios que les hayan sido causados con ocasión del ejercicio de funciones públicas”.

Colombia al introducir la cláusula del ESD en su artículo 2, evolucionó constitucionalmente en cuanto a la superación del simple Estado de derecho; pero además fue ambicioso en introducir algunos elementos que lo desarrollaban como el principio de responsabilidad extracontractual.

La responsabilidad extracontractual del Estado no es un tema novedoso a nivel del debate jurídico, sin embargo es un tema de novedosa relevancia para el mundo constitucional, que lo había entendido como un aspecto relativo a la ciencia del derecho administrativo. La responsabilidad extracontractual del Estado, es uno de los elementos que considero, son absolutamente indispensables para hablar de un Estado Social de Derecho. En este sentido, solo cuando realmente se logra la vinculación y sometimiento del poder público al derecho y el juzgamiento directo al Estado por los daños causados al conglomerado, podemos hablar de una organización social, debida a la norma y con orientación a la persona, a la sociedad.

La carta política de 1991, se constituye así en una constitución de avanzada para la América Latina¹⁶⁰, que la ubica dentro de un constitucionalismo moderno contemporáneo. En este nuevo escenario constitucional, la responsabilidad como consecuencia de la actuación del Estado, cambia su fundamento. Es claro que la intención en el Estado de derecho del establecimiento de la responsabilidad, era la de frenar los excesos del ejecutivo; sin embargo, en el ESD, no es ésta la única fuente de responsabilidad que se ha determinado.

Precisamente este punto es esencial para constatar como la responsabilidad, como juicio de reproche por una conducta desviada de la administración, ha perdido su naturaleza y en cambio, hoy se concibe como una forma de equilibrio solidario que se presenta ante algunas circunstancias. La responsabilidad extracontractual del Estado, por consiguiente deja de ser un juicio contra la administración donde se demuestra la obligación de

¹⁵⁹ La puesta en evidencia de los intereses colectivos, dentro de los cuales se incluye la moralidad pública como uno de los derechos a proteger se inscribe igualmente en este sentido.

¹⁶⁰ A este respecto, es importante señalar que constituciones como la Venezolana de 1999, no consagran este principio; o por ejemplo, la Carta política de México de 1917 (la cual ha sido un hito en el tema del recurso de amparo), solo mediante un acto reformativo de 2002, fue introducida la cláusula de responsabilidad directa del Estado.

indemnizar a los ciudadanos por los daños sufridos (sea causa directa o no de la actuación de la administración).

En cuanto a la responsabilidad extracontractual por daño especial se refiere, se ha dicho que fue formulada por Teissier¹⁶¹ y decía: “Los ciudadanos no deben sufrir unos más que otros las cargas impuestas en el interés de todos, de donde resulta que los daños excepcionales, los accidentes que el Poder Público causa a particulares, deben ser indemnizados por el presupuesto que está formado por las contribuciones de toda la colectividad. Además, las necesidades de la vida en común exigen que cada uno soporte sin indemnización los daños resultantes del ejercicio legal y regular del Poder Público, a menos que el legislador haya dispuesto lo contrario. Cuando el Estado ejecuta un acto que perjudica a un habitante haciéndole sufrir un daño injusto con respecto a los demás ciudadanos, está obligado a indemnizar ese daño para no romper el principio de equidad, de igualdad, que ampara por igual a todos los habitantes.”

El Consejo de Estado Francés sostuvo que la igualdad o equivalencia de las cargas lleva a responsabilizar a la Administración tanto por sus actos como por los de sus agentes, distribuyendo en esa forma los daños que la ejecución de los servicios públicos ocasione, del mismo modo como se distribuyen las ventajas que ellos producen a la comunidad. Esta teoría se encuentra defendida en Francia principalmente por Waline¹⁶² y Rivero¹⁶³. En este orden de ideas, no comparto los argumentos que han llevado a establecer una obligación de indemnización como resultado de la declaratoria de responsabilidad del Estado basado en el título de imputación del daño especial; puesto que si bien es cierto, en virtud de la solidaridad que se predica del ESD y del equilibrio que tiene que haber dentro de una comunidad, se debe restablecer o mejor, tratar de compensar la situación cuando una persona sufre un daño que no es consecuencia directa de la actuación del Estado, como en los casos de responsabilidad sin falta (utilizaré este término que me parece más descriptivo que el de “responsabilidad de regímenes objetivos”), y en especial en el título de imputación ya mencionado, no menos cierto es que debe señalarse de manera concluyente que, lejos estamos de una verdadera responsabilidad del Estado (esta es la propuesta del autor).

Se dice hoy en día, que la responsabilidad extracontractual moderna, es un mecanismo que persigue ante todo reparar económicamente un daño¹⁶⁴. En otras palabras cuando una persona ha sufrido un daño sin justificación, el derecho quiere que los aspectos materiales de ese daño le sean aliviados mediante el traslado de su carga económica a otro o a otros individuos. Los autores concuerdan en que la moderna responsabilidad

¹⁶¹ Teissier, George: “La Responsabilité de la puissance publique” París 1906, p. 147

¹⁶² Waline, Marcel: “Manuel élémentaire de droit administratif”, París 1946, p. 420.

¹⁶³ Rivero, Jean: “Droit administratif” París 1990, p. 340.

¹⁶⁴ DE TRAZEGNIES, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual. Tomo I, Quinta Edición; Ed. Temis. 1999, Bogotá. p 13.

extracontractual coloca el acento en la reparación de las víctimas antes que en el castigo del culpable¹⁶⁵.

En este contexto surge con plena validez y preponderancia, el principio de solidaridad en desarrollo del ESD, que impone la necesidad de socorrer y auxiliar al desvalido, en indefensión o vulnerabilidad, para restablecerle en su equilibrio frente al resto de la sociedad, pero no puede determinarse como una fuente de responsabilidad, o mejor, solo debe entenderse como fuente de compensación y restablecimiento, mas no de indemnización. Se ha definido por la doctrina moderna de la responsabilidad extracontractual, que lo que ocurre es una distribución social del daño o difusión social del daño¹⁶⁶.

Ahora bien, si la base de la responsabilidad ha cambiado su fundamento, surgen los interrogantes: ¿No debe cambiar también la forma en que es declarada? ¿Puede seguirse midiendo con el mismo rasero, un castigo a la administración por una conducta defectuosa, negligente u omisiva, que cuando existe una conducta absolutamente legal, legítima, tendiente al cumplimiento de funciones y que sin embargo, pueden presentarse daños a la comunidad?

2.2 El daño especial como expresión del principio de solidaridad

Uno de los pilares esenciales del ESD y que va inexorablemente ligado al principio de responsabilidad, es el principio constitucional de solidaridad, que hoy irradia las relaciones sociales dentro del Estado y por ende, obliga al concurso de todos para la estabilidad social y económica, entre otros; y convirtiéndose en fuente de obligaciones sociales¹⁶⁷.

En primera medida, es pertinente encontrar el significado de la solidaridad para tener el punto de partida; la real academia de la lengua española la define como “Adhesión circunstancial a la causa o a la empresa de otros”, y como un “Modo de derecho u obligación in sólidum”¹⁶⁸.

Si analizamos el significado planteado, se puede señalar que es el mismo significado adoptado por nuestro ordenamiento jurídico, en la medida en que la adhesión a la causa, refleja el deber de concurrir todos los ciudadanos a la realización de la Constitución

¹⁶⁵ Ídem.

¹⁶⁶ DE TRAZEGNIES, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual. Tomo I, Quinta Edición; Ed. Temis. 1999, Bogotá, p. 21.

¹⁶⁷ En reciente Tesis, se plantea el principio de solidaridad como fundamento de la responsabilidad del estado; ver D’COSTA RODRIGUEZ, Camilo Alfredo, “el principio de solidaridad como fundamento de la responsabilidad del estado por terrorismo en Colombia”, Universidad Nacional, Bogotá 2011.

¹⁶⁸ Página www.rae.es consultada el día 18 de noviembre de 2012.

Política y el Estado Social de Derecho¹⁶⁹. Y como un modo de derecho u obligación, la establece el derecho civil vigente, como una modalidad de las obligaciones¹⁷⁰.

Sin embargo, la solidaridad como concepto, ha sido estudiada desde diversas ópticas, ampliando el espectro de su significación. Es así como se ha entendido que la misma es un sentimiento¹⁷¹.

La solidaridad se ha concebido como un valor, una virtud y un principio de contenido moral¹⁷². Solidaridad significa asumir como propio el interés de los demás.¹⁷³

Ahora bien, el principio de solidaridad como ya se ha anotado, se erige como un deber de actuación, como un principio y un valor a alcanzar. En este sentido debe recordarse que nuestra carta política traza un camino que lo define como tal, pero a su vez, implica la realización del mismo¹⁷⁴.

La solidaridad como principio fundamental (edificante) del Estado Social de Derecho, permite fortalecer y reconstruir ante las deficiencias que pudiere presentarse en el Estado Social¹⁷⁵. Al respecto ha señalado la Corte Constitucional en la sentencia T-029 de 2001, lo siguiente:

“1. El subsidio alimentario a indigentes, constitucionalmente establecido en el artículo 46 de la C.P., es una expresión del Estado social de derecho, que la T-426/92 caracterizó de la siguiente manera:

¹⁶⁹ Constitución Política artículos 1 y 95.

¹⁷⁰ Código Civil, Libro IV “DE LA OBLIGACIONES EN GENERAL Y DE LOS CONTRATOS”, Título IX, artículo 4568-1580.

¹⁷¹ Ver a De Lucas, Javier Leído en: De Lucas, Javier. El concepto de solidaridad. México: Fontamara, segunda edición, 1998, y Carreño Siniestra de Llorente, María Eugenia Carreño Siniestra de Llorente, María Eugenia. Valores y Convivencia. San José C.R.: Editorial Promesa, 2006; entre otros, en la solidaridad como sentimiento y la falta de reconocimiento de los individuos como causa de conflictos sociales, en D’COSTA RODRIGUEZ, Camilo Alfredo, “El Principio de Solidaridad Como Fundamento de la Responsabilidad del Estado por Terrorismo en Colombia”, Universidad Nacional, Bogotá 2011.

¹⁷² Ver también a De Lucas Javier, El concepto de solidaridad, en Rafael de Asís, cuestiones de derecho, universidad externado, 2005. P. 47-65.

¹⁷³ J González Amuchástegui, “Notas para la elaboración de un concepto de solidaridad”. Ob cit. ídem, pp. 47-65.

¹⁷⁴ Por ello en nuestro medio podemos encontrar sentencias de estado de cosas inconstitucionales, cuando de la fórmula planteada en la carta política, significaría que ya estamos en el estadio de realización de los derechos; ejemplo T-025 de 2004, sobre desplazamiento forzado y T-153 de 1998, sobre las condiciones de hacinamiento de reclusos en Colombia.

¹⁷⁵ Al respecto, se puede ver a De Dabo Martín, Carlos. “Teoría constitucional de la solidaridad”. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2006.

“El Estado social de derecho hace relación a la forma de organización política que tiene como uno de sus objetivos combatir las penurias económicas o sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población, prestándoles asistencia y protección. De este principio se deducen diversos mandatos y obligaciones constitucionales: primariamente, el Congreso tiene la tarea de adoptar las medidas legislativas necesarias para construir un orden político, económico y social justo. Por otra parte, el Estado y la sociedad en su conjunto, de conformidad con los principios de la dignidad humana y de la solidaridad, deben contribuir a garantizar a toda persona el mínimo vital para una existencia digna”.

“A su vez la T-566/95 conecta el Estado social de derecho con las condiciones de vida de los estratos más pobres del país, porque su origen está unido a las políticas sociales que en los sistemas políticos de occidente se dictaron con miras a inducir cambios de fondo dentro del sistema económico y social.

(...)

“La solidaridad y el apoyo a la persona que se encuentra en situación de indigencia y sufre quebrantos de salud corresponde patrimonialmente a la familia. Los miembros de esta, determinados por la ley, tienen la obligación jurídica y moral de auxiliar a sus descendientes o ascendientes próximos. No obstante si la familia se encuentra en imposibilidad manifiesta de apoyar a uno de sus miembros no pueden quedar estos irremediablemente abandonados a su suerte. El Estado en desarrollo de sus fines esenciales está en el deber constitucional de proteger efectivamente los derechos de la persona, correspondiendo a la autoridad pública encontrar las alternativas jurídicas para garantizar su ejercicio y al mismo tiempo, exigir el cumplimiento de las obligaciones sociales de los particulares” (T-533/92).

Esa solidaridad también ha sido explicada por la Corte Constitucional en la sentencia C-575-92, de la siguiente manera:

“El artículo primero constitucional "funda" el Estado colombiano en la solidaridad. Ello es un desarrollo de los conceptos de justicia y democracia participativa, consagrados ambos en el Preámbulo y en el artículo segundo de la Carta. En primer lugar, la expresión de un "orden justo" aparece tanto en el Preámbulo como en los fines esenciales del Estado. El nexo justicia-solidaridad es evidente, pues en un régimen de carencia de recursos suficientes, como Colombia, una parte de la sociedad civil está llamada a participar en la solución de las necesidades de los más pobres. También es manifiesta la relación dignidad-solidaridad. Ellas son, respectivamente, un valor y un principio de los cuales se predica su total compatibilidad. Es gracias a la solidaridad que se puede arribar a la dignidad, si se parte del supuesto de la realidad colombiana, enmarcada en un ámbito de desequilibrios sociales y territoriales. La solución de las necesidades básicas insatisfechas de importantes sectores de la sociedad colombiana es un compromiso de todos, esto es, del Estado, la sociedad y los particulares. Luego la solidaridad es un deber constitucional de todos, que aspira a lograr la materialización de los valores fundantes de la justicia y la dignidad. Y en segundo lugar, el carácter participativo del Estado implica que la sociedad civil intervenga no sólo, como antes, en la simple definición periódica de los gobernantes mediante el voto, sino que ahora es preciso además que la comunidad participe en los

procesos de decisión, ejecución y control de la gestión pública tendiente a satisfacer las necesidades sociales.”

Por su parte, en sentencia C- 793 de 2009, la Corte Constitucional define el principio de solidaridad en el ESD y determina las obligaciones que implica el mismo:

“PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO-Implica obligaciones para el Estado y la sociedad

La solidaridad, como tercer pilar del Estado Social de Derecho, es un principio fundamental que apunta a las obligaciones que se imponen al Estado y a la sociedad frente a las personas que por razones individuales o estructurales, no están en condiciones de satisfacer de manera autónoma sus requerimientos vitales.

(...)

El principio de solidaridad social, los derechos fundamentales y la dignidad humana son pautas que encarrilan las reglas económicas de la Constitución. La Corte se pronunció sobre esta premisa en la sentencia T-505 de 1992 (M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz) de la siguiente manera: “El Estado social de derecho mantiene el principio de legalidad, pero lo supera y complementa al señalar entre sus finalidades la de garantizar un orden político, económico y social justo (C.N., Preámbulo). La naturaleza social del Estado de derecho colombiano supone un papel activo de las autoridades y un compromiso permanente en la promoción de la justicia social. La defensa de los valores supremos del ordenamiento obliga al Estado a intervenir —dentro del marco constitucional— para proteger a las personas en su dignidad humana y exigir la solidaridad social cuando ella sea indispensable para garantizar derechos fundamentales como la vida y la salud. (...) El Estado social de derecho, los principios de dignidad humana y de solidaridad social, el fin esencial de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los derechos, deberes y principios constitucionales y el derechos fundamental a la igualdad de oportunidades, guían la interpretación de la Constitución económica e irradian todos los ámbitos de su regulación, propiedad privada, libertad de empresa, explotación de recursos, producción, distribución, utilización y consumo de bienes y servicios, régimen impositivo, presupuestal y de gasto público”.

Por último, respecto del Principio de Solidaridad, su significado e importancia dentro del nuevo escenario constitucional del ESD, la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-529 de 2010:

“PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO-Importancia

SOLIDARIDAD-Significado

“La solidaridad, que según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua significa "adhesión circunstancial a la causa o a la empresa de otros", tiene aplicación en el campo jurídico dentro de la teoría de las obligaciones, en la cual

asume las conocidas formas activa y pasiva, y también en materia de responsabilidad. Desde el punto de vista constitucional, tiene el sentido de un deber -impuesto a toda persona por el sólo hecho de su pertenencia al conglomerado social- consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo. La vigencia de este principio elimina la concepción paternalista, que crea una dependencia absoluta de la persona y de la comunidad respecto del Estado y que ve en éste al único responsable de alcanzar los fines sociales. Mediante el concepto de la solidaridad, en cambio, se incorpora a los particulares al cumplimiento de una tarea colectiva con cuyas metas están comprometidos, sin perjuicio del papel atribuido a las autoridades y entidades públicas”.

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos señalar que el ESD, se basa en la unión de una sociedad solidaria, bajo una dirección o administración reglada, con propósitos de bienestar para los ciudadanos, que constituyen su origen y fin. Así lo ha entendido la Corte Constitucional, quien en virtud de la función de salvaguarda de la supremacía e integridad de la Carta Política, en sus pronunciamientos, ha determinado sus elementos. Precisamente para el tema que nos ocupa, resalta la inserción en el panorama constitucional del principio de responsabilidad y la solidaridad (en ocasiones utilizada como fuente de responsabilidad).

El principio de solidaridad en desarrollo del ESD, se ha expuesto hasta ahora, constituye un elemento medular de dicho modelo y tiene repercusiones y aplicaciones prácticas en el ordenamiento jurídico y en la interpretación judicial. En este sentido, traigo nuevamente a colación el criterio según el cual, la solidaridad impone socorrer y auxiliar al desvalido, en indefensión o vulnerabilidad, para restablecerle en su equilibrio frente al resto de la sociedad, pero no puede determinarse como una fuente de responsabilidad.

Al respecto, el mismo Estado Colombiano recientemente ha presenciado la promulgación de la ley 1448 “Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”, conocida como la ley de víctimas, en la cual el Estado asume el pago de unas sumas de dinero como compensación por los padecimientos sufridos con ocasión del conflicto interno armado, pero que en ningún caso, supone o significa la asunción de responsabilidad. Precisamente esta medida de justicia transicional se basa en el principio de solidaridad establecido en la carta política de 1991.

El daño especial por su parte, lo ha definido la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁷⁶, partiendo de los daños irrogados a los particulares, y las especiales condiciones que se predicen del mismo; en este sentido ha señalado¹⁷⁷:

¹⁷⁶ También puede verificarse frente al daño especial, su historia y legislación, en el texto “el daño especial, como título de imputación de la responsabilidad del estado”. Procuraduría General de la Nación, 2009.

¹⁷⁷ Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Bogotá, D.C. julio 19 de 1991; Consejero ponente: Doctor Daniel Suárez Hernández. Referencia: Expediente No. 6334. (Tomado de extractos).

“Los particulares que han sufrido daños en virtud del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas que deben soportar, impone el resarcimiento o indemnización de tales daños, así la actuación administrativa que ocasionó la lesión al patrimonio administrado hubiere sido legítima y su cumplimiento obedeciere a fines nobles y reportare beneficios para el resto de la comunidad. La doctrina de la lesión tiene también la objetivación de la responsabilidad, y encuentra su base fundamental en la interdependencia de las complejas relaciones sociales que aboguen por acentuar la solidaridad de los coasociados, con prescindencia de argumentos subjetivos, para ocupar su atención en la persona de quien resulta lesionado, dicha tesis recaba la del daño especial.”

Con base en dicho análisis de la especialidad del daño, de ese desequilibrio en las cargas públicas que se genera en algunos casos, se acuñó el título de imputación del daño especial para deducir la responsabilidad del Estado¹⁷⁸:

“La administración tiene el deber jurídico de indemnizar los perjuicios causados por el movimiento subversivo que llevó a cabo el atentado, con apoyo en la teoría del daño especial. Con esto se quiere significar que el comportamiento de la fuerza pública fue, desde todo punto de vista, lícito, pero el daño resulta anormal y excepcional, en relación con los que deben soportar los demás integrantes de la comunidad. El problema de la guerra, como camino bloqueado, esto es, sin salida, genera para el Estado nuevas responsabilidades, que deben ser definidas por la magistratura teniendo en cuenta, en cada caso, las especiales circunstancias, y lo que se podía demandar del servicio.”

Precisamente la configuración de un daño que genera un desequilibrio, una desestabilización en el ciudadano, sin que medie una conducta desviada o inconsistente con los deberes objetivos de cuidado dentro de la sociedad, suponía la deducción de responsabilidad en equidad. Sin embargo, con el nuevo panorama constitucional planteado en la carta política de 1991, muchos de esos principios se subsumen en el principio y valor de la solidaridad, y se entienden como especies dentro del mencionado principio.

En sentencia reciente del Consejo de Estado se manifestó frente al daño especial, lo siguiente¹⁷⁹:

“... la teoría del daño especial reúne una buena muestra de los eventos en que, con el ánimo de buscar un resultado satisfactorio desde una óptica de justicia material, se utiliza la equidad para reequilibrar las cargas públicas, honrando así el principio de igualdad. En otras palabras, la teoría del daño especial, contando con

¹⁷⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Bogotá, D.C., Julio 30 de 1992; Consejero Ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta. Referencia: Expediente N°. 6828. (tomado de extractos).

¹⁷⁹ Sala de lo Contenciosos Administrativo, sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2010, rad 15591, C.P. Enrique Gil Botero.

el substrato de la equidad que debe inspirar toda decisión judicial, se vale de la igualdad para fundamentar las soluciones que buscan restablecer el equilibrio ante las cargas de la administración en situaciones concretas, objetivo que se alcanza gracias a la asunción del principio de solidaridad como argumento de impulsión de la acción reparadora del Estado, como se observará al momento de considerar el caso concreto.

“Se denota claramente la gran riqueza sustancial que involucra la teoría del daño especial y, como no, lo esencial que resulta a un sistema de justicia que, como el de un Estado Social de Derecho, debe buscar mediante el ejercicio de su función la efectiva realización de los valores y principios esenciales al mismo”.

Por su parte, en Sentencia de la Sección Tercera Subsección C, con ponencia De la Consejera Olga Mélida Valle De la Hoz, de fecha 18 de enero de 2012, Radicación: 23001233100019970888501 (18154), Reiteró íntegramente la argumentación esgrimida en el anterior pronunciamiento, donde se pone de manifiesto la identidad daño especial con la solidaridad, como expresión del citado principio.

No obstante compartir plenamente, que hoy el daño especial es expresión del principio de solidaridad, también partiendo de las definiciones arriba señaladas, no puedo llegar a conclusiones como fundamentar en el principio de solidaridad la responsabilidad del Estado por actos terroristas¹⁸⁰; y en especial, por título de imputación de daño especial. Todo lo contrario, lo que implica el reconocimiento del daño especial como expresión de la solidaridad, es el cambio de su naturaleza y que no debe entenderse como un título de imputación, sino como una realización de un mandato de optimización que obliga al socorro, ayuda, comunión y compensación.

Retomando la ley 1448 de 2011, y el fundamento de la reparación por vía administrativa o judicial en virtud de la solidaridad¹⁸¹; debo señalar, que este principio constitucional no es de aplicación exclusiva de alguna disciplina del derecho, y por el contrario es un mandato de optimización general dentro del ordenamiento jurídico. Precisamente como no es un principio propio y exclusivo, para el objeto del presente estudio, del derecho de la responsabilidad extracontractual del Estado¹⁸², no debería ser utilizado como base o

¹⁸⁰ En este sentido, establezco mi distanciamiento conceptual con la posición fijada por el autor D' COSTA RODRIGUEZ, Camilo Alfredo, “El Principio de Solidaridad Como Fundamento de la Responsabilidad del Estado por Terrorismo en Colombia”, Universidad Nacional, Bogotá 2011. Por cuanto, si bien es cierto, partimos de presupuestos generales comunes y de la preocupación de establecer reglas claras y precisas para la responsabilidad del Estado por actos terroristas (en mi caso solo en aplicación del título de imputación de daño especial).

¹⁸¹ Dicha ley de finalidad transicional, fija como fundamento de las reparaciones administrativas y reparaciones judiciales, el principio de solidaridad; llegando incluso a tomar como fuente para una situación temporal, un criterio con vocación de permanencia como los principios, lo que a mi modo de ver desdibuja la figura.

¹⁸² Como lo había señalado en la parte introductoria del presente trabajo, considero que la responsabilidad extracontractual del estado, es una disciplina autónoma del derecho público, por contener reglas y principios propios, que permiten predicar de ella unos atributos, características que la diferencian de las otras disciplinas del derecho público y privado.

fundamento para indemnizar, porque se puede correr el riesgo jurídico de crear una nueva fuente de indemnización en materia civil, penal, contractual, etc.

Y es que si se analiza con detenimiento la ley de víctimas¹⁸³, debe verificarse que se busca atender a la población afectada por la conducta de los actores en el conflicto precisamente por ser los ciudadanos ajenos al mismo. Sin embargo, vale la pena recordar que en la comisión de un delito surge una relación; por un lado está la persona que lesiona o menoscaba los derechos de la población denominado victimario y por el otro, la persona que sufre la lesión llamada víctima. Esta es una relación de inequidad que debe restablecerse en su mayor proporción posible, conforme al ordenamiento jurídico para garantizar el orden justo. Esta es la razón de ser de la reparación, de la responsabilidad como obligación de hacer en cabeza del victimario, que consiste en el pago de la indemnización a la víctima y que se obtiene a través de un proceso judicial.

La ley busca que esa reparación no quede como simple enunciado, y ante el evento de la incapacidad económica del victimario, entre a suplir ese pago el propio Estado. El tema no es de poca monta, pues el Estado entra en subsidio por el defecto económico del victimario, lo que parece a simple vista como un premio o privilegio para el delincuente que viola los DDHH y el DIH.

Las medidas transicionales consagran la subsidiaridad en el pago de la reparación judicial, en virtud de la solidaridad con las víctimas, lo que en primera medida justifica la prerrogativa. Sin embargo, cabe retomar lo arriba argumentado, es un riesgo jurídico el establecer responsabilidades sin que se tenga la obligación de asumirla; las medidas de auxilio, ayuda, socorro son aceptadas desde toda óptica, pero se hace la observación frente al pago de sumas de dinero a las víctimas.

Ahora bien, si se paga la indemnización administrativa con la condición de tenerse como parte de pago del eventual pago subsidiario que tendría que dar el Estado por la incapacidad de pago del victimario, se debe entender claramente que es requisito sine qua non, sentencia judicial en firme que declare la responsabilidad penal; pero además, la valoración económica del hallado culpable. Dicho de esta manera, la reparación judicial que realiza el Estado no tiene su fundamento en la incapacidad del victimario sino en la solidaridad; pero con la facultad, de repetir contra el victimario si este tiene capacidad de pago para la reparación o en su defecto, tenerlo como pago por subsidiaridad; por tal motivo no es subsidiaria.

Se llega entonces a la misma conclusión: no puede el Estado institucionalizar una nueva fuente de responsabilidad del Estado basada en el principio de solidaridad, so pretexto de la aplicación de un régimen transicional.

¹⁸³ Estos argumentos fueron expuestos en un documento de análisis del proyecto de la ley 1448 de 2011, (proyecto de ley 107 de 2010), documento elaborado en la Dirección de Estudios Sectoriales de la Contraloría Delegada de Defensa, Justicia y Seguridad, de la Contraloría General de la República, en el año 2010. Autores: Carlos Enrique Uribe Lozada, Ricardo Alfonso Ramírez Buitrago, Doris Parra Salas y Andrés José Quintero Gnecco.

Como consecuencia de lo anterior, podría pensarse que, en todo proceso penal por aplicación del derecho fundamental a la igualdad, la víctima pediría que lo indemnizara el Estado por solidaridad y por otro lado, el victimario podría alegar su incapacidad económica para que entrara a pagar la reparación integral de manera residual el Estado por la comisión del delito.

No puede permitirse el Estado generar situaciones jurídicas tan delicadas que se presten a generar mayor responsabilidad de las que tiene: prestar ayuda, auxilio, asistencia y medidas que mitiguen y mejoren las condiciones de vida de las víctimas. Soportar o fundamentar una indemnización o reparación en el principio de solidaridad es abrir la puerta a demandas en contra del Estado por una responsabilidad objetiva donde no importaría la conducta, quien la realiza y elementos de causalidad, sino simplemente el daño, poniendo en peligro la sostenibilidad de las finanzas públicas¹⁸⁴.

Ahora bien, si nos detenemos a analizar, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, se encuentra plasmada por el legislador la conclusión a la que hemos llegado en este acápite, y es que el daño especial es una especie, una expresión del principio de solidaridad. Basta transcribir el artículo 16 de la Ley 418 de 1997¹⁸⁵, que establece lo siguiente:

“Artículo 16. En desarrollo del principio de solidaridad social, y dado el daño especial sufrido por las víctimas, éstas recibirán asistencia humanitaria, entendiéndose por tal la ayuda indispensable para sufragar los requerimientos necesarios a fin de satisfacer los derechos constitucionales de quienes hayan sido menoscabados por actos que se susciten en el marco del conflicto armado interno. Dicha asistencia será prestada por la Red de Solidaridad Social, en desarrollo de su objeto constitucional, y por las demás entidades públicas dentro del marco de sus competencias, siempre que la solicitud se eleve dentro del año siguiente a la ocurrencia del hecho. Subrayado declarado condicionalmente exequible por sentencia C-47 de 2001. (Negrillas fuera de texto)

Esta disposición reafirma la postura de la expresión de la solidaridad como principio dentro del Estado Social de Derecho, a través del denominado daño especial, el cual al

¹⁸⁴ Esta situación llevó a la expedición del Acto Legislativo 3 de 2011, donde se introdujo el Incidente de Impacto Fiscal: “...El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales...”

¹⁸⁵ Con la expedición de dicha Ley, se buscó dotar al Estado colombiano de instrumentos eficaces para asegurar la vigencia del Estado Social y Democrático de Derecho y garantizar la plenitud de los derechos y libertades fundamentales reconocidas en la Constitución Política y los Tratados Internacionales aprobados por Colombia (ver artículo 1).

ser una de sus expresiones, lejos está de ser un título de imputación para deducir responsabilidad por los actos terroristas¹⁸⁶.

¹⁸⁶ Esta conclusión pareciera ser concordante con la posición expuesta por GALINDO SANCHEZ, Richard, en "los títulos jurídicos de imputación en la Responsabilidad Extracontractual del Estado por Actos Terroristas". Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá 2002. Páginas 81 a 92. Sin embargo, difiere sustancialmente en la medida que sugiere, el daño especial como un título apto para derivar responsabilidad patrimonial del Estado, es decir, lo sigue concibiendo como un título, aunque considera su inaplicación para los actos terroristas, desconociendo su actual naturaleza jurídica (principio de solidaridad).

3.La aplicación del daño especial como fundamento de compensación por actos terroristas

Todo lo dicho hasta aquí podría carecer de objeto si el ordenamiento jurídico colombiano partiera de la inexistencia de la responsabilidad extracontractual, o por lo menos, de la coexistencia de dos sistemas, uno el de la responsabilidad y otro el de la compensación. Y que a la luz del nuevo constitucionalismo¹⁸⁷, resulta irrelevante incluir un juicio de responsabilidad extracontractual, y por el contrario, solamente se debe hablar del derecho de daños o derecho de víctimas, o simplemente obligaciones patrimoniales del Estado¹⁸⁸.

Si ello fuera así, estaría definido el asunto con suma claridad, en el sentido que el artículo 90 de la Carta Política, hubiera establecido una cláusula de reparación, de compensación y de indemnización¹⁸⁹; y que en cada caso, deberá precisarse de conformidad con las disposiciones legales que regulen la materia, los requisitos, montos y condiciones, entre muchos aspectos, para cada una de las modalidades en que el Estado sea llamado a sufragar una suma de dinero a los ciudadanos. Sin embargo, esa no es la intención de la carta política; y la jurisprudencia colombiana ha entendido que la cláusula del artículo 90 es una cláusula de responsabilidad y como tal, debe dársele tratamiento¹⁹⁰.

La discusión parecería tomar un matiz diferente del propuesto en este trabajo, lo que conlleva a desechar la idea para los efectos del presente, sin perjuicio del atractivo que ofrece, aunado a la utilidad y riqueza que aportaría al desarrollo del tema¹⁹¹.

¹⁸⁷ Me refiero al Estado Social de Derecho, con primacía de los Derechos Humanos de los ciudadanos, donde se sobrepone el derecho de las víctimas, frente al reproche del Estado.

¹⁸⁸ Precisamente pareciera ser que la responsabilidad extracontractual, la Carta Política de 1991, la ubicó nuevamente en el Código Civil y que su pretensión fue ir más allá de un juicio conductual.

¹⁸⁹ Estos tres conceptos tienen diversa significación y para la estructuración de la tesis que se presenta, reviste la mayor importancia establecer su diferenciación.

¹⁹⁰ Ver entre otras, Corte Constitucional, sentencias C-484 de 2002, C-037 de 2003 y C- 864 de 2004.

¹⁹¹ Este aspecto resulta esencial para el futuro de la responsabilidad extracontractual del Estado; al punto que podría derivar en la modificación del artículo 90 de la Carta Política.

Precisamente el tema que abarca esta investigación, me ubica conceptual y jurídicamente en la responsabilidad extracontractual, y es precisamente esa responsabilidad la que me permite concluir que cuando estamos en presencia de un daño especial, no estamos hablando de responsabilidad e indemnización, sino de otra cosa, de compensación¹⁹². En la actualidad el concepto de responsabilidad extracontractual es discutible, por cuanto ya no se le puede identificar con sus fundamentos básicos como la culpa, la inexistencia de relación o vínculo previo (contrato), el daño, entre otros aspectos, lo que lleva a pensar en una crisis de la institución¹⁹³.

Frente a lo anterior, resulta indispensable reconocer que en nuestro ordenamiento jurídico, se han acuñado los términos indemnización y compensación. En cuanto a la indemnización se refiere, esta se utiliza para denotar la consecuencia en términos de obligación, por la declaratoria de responsabilidad, y busca dejar en equilibrio, indemne; mientras que en lo que respecta al concepto de compensación, esta ha tenido una significación distinta y que apunta más a la búsqueda de un paliativo, algo que no llega a restituir como tal el equilibrio¹⁹⁴.

Incluso en cuanto al concepto de compensación, el mismo ordenamiento jurídico lo ha ubicado en latitudes lejanas de la responsabilidad, lo que demarca el distanciamiento que el mismo legislador ha determinado para el concepto y que apoyan la diferenciación que se presenta, para señalar que cuando estamos ante un daño especial como expresión del principio de solidaridad, procede una compensación pero no la indemnización por cuanto no existe responsabilidad. Se pueden traer como ejemplo el caso de las vacaciones como derecho laboral del trabajador u que el ordenamiento permite su compensación en dinero cuando ya no se pueden disfrutar de ellas¹⁹⁵; precisamente

¹⁹² Precisamente esta afirmación denota que al no existir responsabilidad, no se puede hablar de indemnización sino de compensación; lo cual constituye parte integrante de la tesis planteada.

¹⁹³ Al respecto ver a YAGÜEZ, Ricardo de Ángel. "Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)". Editorial Civitas S.A., Madrid 1995, pp. 19-48.

¹⁹⁴ Ver por ejemplo en Corte Constitucional, sentencia T-225 de 1993 "...Cuando el numeral 1o. del artículo 6o. del decreto 2591 de 1991 estipula que la indemnización repara el daño o perjuicio en su integridad, obviamente se refiere al resarcimiento, el cual, por su sentido lógico, supone la integridad, no sólo cuantitativa, sino cualitativa. Y como indemnizar implica la acción o el efecto de resarcir, se destacan los aspectos pasivo y activo, según se trate de una omisión o una acción que permite el efecto: la indemnidad. En aquellos casos en que por la naturaleza del daño o perjuicio no se puede indemnizar, esto es, resarcir, surge la compensación. No se repara la cosa en su integridad, sino que se equipara por medio de una acción que satisface la deuda, aunque no lo hace de forma integral, toda vez que se no se trata de una proporcionalidad exacta, ya que el supuesto lo hace imposible -la cosa, de suyo, no es reparable en su integridad-."

¹⁹⁵ Ley 995 de 2005, por medio de la cual se reconoce la compensación en dinero de las vacaciones a los trabajadores del sector privado y a los empleados y trabajadores de la administración pública en sus diferentes órdenes y niveles.

demostrando que es un paliativo y que logra dejar indemne o restablecer el equilibrio, sino que se constituye como paliativo ante la pérdida del disfrute del derecho¹⁹⁶.

En primera medida, vale la pena referir el Código Civil que en su artículo 1625, la relaciona como un modo de extinguir las obligaciones. Y de conformidad con el artículo 1714 del mismo Código, se presenta cuando “dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse”.

Otro ejemplo lo constituye la Ley 100 de 1993; la cual consagra como pilar del Sistema General de Seguridad Social Integral, el principio de solidaridad¹⁹⁷; y en desarrollo del mismo, se vale de la compensación para contribuir a manera de paliativo frente a algunos eventos¹⁹⁸, pero también para establecer una subcuenta de compensación que garantiza la atención de la población que no tiene la condición económica suficiente para poder contribuir con el pago para el aseguramiento de los riesgos de salud¹⁹⁹, apela al criterio de compensación que establece el Código Civil, teniendo a la compensación como modo de extinción de las obligaciones, en este caso, del pago por los servicios de salud prestados a la población.

Otra disposición que puede sugerir la distinción entre la compensación y la indemnización, la constituye la Ley 48 de 1993, modificada por Ley 1184 de 2008, que regula la cuota de compensación militar; y en ese sentido determina que es una contribución ciudadana, especial, pecuniaria e individual que debe pagar al Tesoro Nacional el inscrito que no ingrese a filas y sea clasificado²⁰⁰.

Por su parte la Ley 985 de 2001, mediante la cual se crea una sobretasa ambiental, también concibe la compensación como un paliativo ante una situación específica, como

¹⁹⁶ Frente a la compensación de vacaciones podemos ver entre otras en las sentencias: C-669 de 2006 y C-035 de 2005.

¹⁹⁷ “ARTÍCULO 6o. OBJETIVOS. El Sistema de Seguridad Social Integral ordenará las instituciones y los recursos necesarios para alcanzar los siguientes objetivos:

(...) 3. Garantizar la ampliación de cobertura hasta lograr que toda la población acceda al sistema, mediante mecanismos que en desarrollo del principio constitucional de solidaridad, permitan que sectores sin la capacidad económica suficiente como campesinos, indígenas y trabajadores independientes, artistas, deportistas, madres comunitarias, accedan al sistema y al otorgamiento de las prestaciones en forma integral...”

¹⁹⁸ Ver por ejemplo el artículo 167 sobre riesgos catastróficos y accidentes de tránsito, donde a pesar de señalar la procedencia de una indemnización, se establecen unas condiciones fijas para la misma, lo que descarta de plano la indemnización, situándola en una simple compensación.

¹⁹⁹ Sobre la compensación como auxilio o ayuda para el pago por el aseguramiento en salud, ver el artículo 34 de la ley 1438 de 2011.

²⁰⁰ Artículos 22 de la Ley 48 de 1993 y artículo 1 de la Ley 1184 de 2008.

es la afectación de que se pudiere derivar por la cercanía de algunas áreas de protección especial ambiental²⁰¹, con vías del orden nacional²⁰².

Por último, podría señalarse también, la Ley 1449 de 2011, por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo para la promoción y protección de inversiones entre la República de Colombia y la República de la India”, teniendo en cuenta que establece la indemnización para los eventos en que proceda alguna expropiación de los bienes del inversionista²⁰³; y la compensación por las pérdidas del inversionista por la materialización de eventos del conflicto armado entre otros²⁰⁴.

Ahora bien, en cuanto a la diferenciación de los conceptos de indemnización y compensación, vale la pena reseñar la Sentencia C-1074 de 2002, que establece:

“El requisito constitucional de que la indemnización sea justa, lleva necesariamente a no exigir que siempre responda integralmente a los intereses del afectado. En ciertas ocasiones dicha indemnización puede cumplir una función meramente compensatoria, en otras, una función reparatoria que comprenda tanto el daño emergente como el lucro cesante, y ocasionalmente una función restitutiva, cuando ello sea necesario para garantizarle efectividad de derechos especialmente protegidos en la Carta, como se verá a continuación.

(...)

En razón a la función social de la propiedad y a la posibilidad de consultar los intereses de la comunidad, no solo los del afectado, la indemnización no tiene que ser siempre restitutiva en el sentido de cubrir todo lo necesario para que el propietario logre sustituir el bien expropiado por otro del cual pueda gozar en condiciones semejantes a las que existían antes de la expropiación. En todo caso, la indemnización que se pague tiene que ser previa, justa y cumplir, al menos, una función compensatoria.

(...)

La indemnización debe ser justa, es decir, debe ser fijada teniendo en cuenta los intereses de la comunidad y del afectado y, por lo tanto, esos intereses deben ser ponderados caso por caso. La ponderación dentro del marco legal y constitucional la hará el juez civil en el evento de expropiación por vía judicial, y la entidad expropiante o el juez contencioso en el evento de la expropiación por vía administrativa; la función de la indemnización es, por regla general, de orden

²⁰¹ Áreas de Conservación y Protección Municipal, sitios Ramsar o Humedales de Importancia Internacional definidos en la Ley 357 de 1997 y Reservas de Biosfera y Zonas de Amortiguación.

²⁰² Artículo 1°. Creación. Créase la Sobretasa Ambiental como un mecanismo de compensación a la afectación y deterioro derivado de las vías del orden nacional actualmente construidas y que llegaren a construirse, próximas o situadas en Áreas de Conservación y Protección Municipal, sitios de Ramsar o Humedales de Importancia Internacional definidos en la Ley 357 de 1997 y Reservas de Biosfera, así como sus respectivas Zonas de Amortiguación de conformidad con los criterios técnicos que para el efecto establezca el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

²⁰³ Ver el artículo 6 numeral 3.

²⁰⁴ Ver el artículo 7.

reparatorio. Comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante. No obstante, en algunas circunstancias, al ser consultados los intereses de la comunidad y asumir dichos intereses un peso especial, ésta puede reducirse y cumplir tan sólo una función compensatoria.

Lo anterior permite concluir que el término que interesa a la responsabilidad extracontractual, es el de indemnización y no el de compensación. Cuando estamos en presencia de esta última, estaremos en otro escenario; como la ayuda humanitaria, leyes transicionales postconflicto, etc., y para el caso que nos atañe, en el daño especial.

Para efectos del aporte a la hipótesis de trabajo, se propone el siguiente caso: Una población es atacada de manera indiscriminada por un Grupo Armado Ilegal; un grupo de agentes que se encuentra en la estación de policía del lugar, sale en defensa de la colectividad y reacciona generando un fuego cruzado, donde un ciudadano sufre algunos impactos con arma de fuego ocasionándole la muerte. En estos casos, conforme la teoría que se pretende controvertir, se juzgaría en primera medida, bajo el título de imputación del daño especial, por cuanto el ataque no iba destinado a la autoridad, institucionalidad o al representante de la misma en el lugar; por lo tanto no cabe el riesgo excepcional, y en consecuencia se declara la responsabilidad del Estado, por cuanto el occiso, no tenía porqué soportar su muerte como carga pública por vivir en sociedad, generándose un desequilibrio que conlleva a la declaración de responsabilidad del Estado. Aquí debe darse la indemnización en todas sus variables, patrimoniales y extrapatrimoniales.

Ahora bien, sí en el mismo caso, no se presenta muerte alguna de un civil, sino la muerte de un agente de policía; conforme la jurisprudencia, en estos casos se verifica si hubo una falla del servicio, por cuanto el régimen objetivo se desestima por estar involucrado el uso de armas por parte del occiso (agente estatal). Si no se verifica una falla del servicio, se exonera al Estado, por ser un riesgo propio del servicio, y se le reconoce una compensación conforme al régimen legal especial de la fuerza pública. Aquí se presenta una compensación, que no comprende, por ejemplo, el lucro cesante.

En este orden de ideas, y tomando como referente el mismo caso, supongamos que se registra la muerte del ciudadano que transitaba por el momento en el lugar de los hechos, pero también la muerte del agente estatal. Las víctimas de los dos actos acuden a la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, teniendo como punto esencial la inexistencia de falla del servicio alguno, por cuanto el ataque era impredecible e irresistible y se contaba con un pie de fuerza acorde con los recursos humanos de la administración, en el caso del agente estatal, se declara la eximente de responsabilidad y se le reconoce la compensación antes mencionada; pero tratándose del ciudadano, se declara la responsabilidad amparada en el daño especial con los elementos indemnizatorios mencionados.

Por último, en el mismo caso, la persona que es impactada cuando transitaba desprevenidamente por el lugar, es un agente de policía que se encuentra de vacaciones, cesante de sus funciones del servicio y por ende sin uniforme ni arma de dotación. Aquí entonces, conforme lo mencionado, se tendría que aplicar al caso concreto, el título de imputación de daño especial, por cuanto esa persona no tenía porqué soportar su muerte como carga pública por vivir en sociedad, generándose un desequilibrio que conlleva a la declaración de responsabilidad del Estado. Aquí debe ser indemnizado en todas sus variables, patrimoniales y extrapatrimoniales.

Y es que el caso presentado no resulta para nada exótico o irrealizable en nuestro contexto colombiano. Recientemente el Consejo de Estado, estudió bajo el título de imputación del daño especial, un asunto similar donde se presentó un fuego cruzado entre agentes estatales y miembros de la subversión, registrándose la afectación a un civil. Al respecto señaló²⁰⁵:

“(…) En el presente caso se encuentra probado que el día 20 de mayo de 1999, en la vía Panamericana que conduce de Popayán a la ciudad de Cali, a la altura del puente que atraviesa el río Cajibío, se presentó un enfrentamiento entre un grupo al margen de la ley y miembros de la Policía Nacional, cuando los primeros pretendieron obstaculizar la vía atravesando unos camiones y al percatarse de la presencia de la patrulla oficial –los cuales se encontraban trasladando unos sospechosos al Municipio de Piendamó- abrieron fuego, generando la reacción armada de los uniformados quienes procedieron a repeler el ataque, resultando muertos varios agentes y herida en una pierna la señora Ana Ilda Jambó Pechené, quien quedó en medio del fuego cruzado.

Como consecuencia de las heridas recibidas, a la señora Jambó Pechené se le amputó la pierna derecha, situación que le produjo como secuela una deformidad física permanente y una perturbación funcional del órgano de locomoción. De igual forma se le dictaminó, en relación con su capacidad laboral, un porcentaje correspondiente a un 52.3% de invalidez.

De conformidad con lo anterior, se encuentra que el daño ocasionado a la señora Ana Ilda Jambó Pechené resulta imputable a la entidad demandada, en aplicación del título de imputación objetivo consistente en el daño especial, comoquiera que se trata de una lesión originada en un enfrentamiento entre la Fuerza Pública –en cumplimiento de la función legítima de proteger la vida, honra, bienes, derechos y libertades de las personas al repeler este tipo de ataques- y los grupos al margen de la ley, que rompe el principio de las cargas públicas de quienes lo padecen, “dado que el ordenamiento jurídico no establece el deber de soportar la afectación a derechos, bienes o intereses legítimos que ese tipo de confrontaciones lleva aparejado”²⁰⁶.

Y resulta pertinente el referente jurisprudencial, por cuanto el mismo supone la inexistencia de falla del servicio alguna, lo que conlleva a determinar que las familias de los agentes estatales que sufrieron la muerte en los mismos hechos, no pudieron obtener también una indemnización.

Se precisa entonces formularse los siguientes interrogantes: ¿Por qué si estamos ante un daño cierto, la muerte de una persona, con los mismos supuestos fácticos, en un evento hay desequilibrio en las cargas públicas y en consecuencia, responsabilidad del

²⁰⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, de fecha 18 de julio de 2012, Radicación número: 19001-23-31-000-2000-05220-01(24962).

²⁰⁶ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de noviembre de 2009. Exp. 17802. MP: Enrique Gil Botero.

Estado y en otro simplemente se trata de un riesgo propio del servicio? Ahora bien, ¿Cuál es el parámetro para decir que una persona sufre una carga en exceso frente a la generalidad de la comunidad; será entonces, que la muerte del agente si tiene porqué soportarla él y su familia? Y por último, si ello es así, ¿Las cargas públicas dependen de la persona, con criterios diferenciadores como portar o no portar un uniforme; o portar o no portar un arma, o ser ciudadano o servidor público? ¿Pero no se supone que el desequilibrio en las cargas públicas, responde a un criterio de igualdad para verificar que el daño excede lo que se le impone a toda la sociedad?

Precisamente para despejar todos estos interrogantes, a manera de ejemplo, formularé el mismo caso y asumiré su solución con la aplicación del daño especial como expresión del principio de solidaridad, constituyendo fuente de compensación y no de indemnización, para demostrar cómo ha desconocido la jurisprudencia de lo contencioso administrativo, el derecho, principio y fin constitucional de la igualdad, so pretexto de una aplicación de un título de imputación que a todas luces ha dejado de tener esa naturaleza.

Al margen de la teoría que se pueda prohiar como fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado²⁰⁷, en nuestro medio la realización del Estado Social de Derecho, impone la búsqueda de la justicia, y que para el ejemplo planteado, se materializaría en la búsqueda de una falla del servicio o de un riesgo excepcional, y en su defecto, simplemente proceder a una compensación por daño especial, basada en la solidaridad. De conformidad con la tesis propuesta, el ejemplo planteado se resolvería de la siguiente manera:

1. Inexistencia de responsabilidad extracontractual del Estado, por cuanto no existe falla del servicio ni riesgo excepcional, en cuanto a la muerte del civil en el fuego cruzado.
2. Inexistencia de responsabilidad extracontractual del Estado, por cuanto no existe falla del servicio ni riesgo excepcional, en cuanto a la muerte de los agentes estatales en el fuego cruzado.
3. Reconocimiento de un daño especial respecto de la muerte del civil en el fuego cruzado, por el rompimiento en el equilibrio de las cargas públicas que impone el vivir en sociedad, por cuanto no existe el deber jurídico de soportar la muerte de la persona.
4. Reconocimiento de un daño especial respecto de la muerte de los agentes estatales en el fuego cruzado, por el rompimiento en el equilibrio de las cargas públicas que impone el vivir en sociedad, por cuanto no existe el deber jurídico de soportar la muerte de los agentes estatales.

²⁰⁷ Ver por ejemplo CASTRO ESTRADA, Álvaro. Responsabilidad Patrimonial del Estado: Análisis Doctrinal y Jurisprudencial Comparado, Propuesta Legislativa en México. Prólogo de Pedro G. Zorrilla Martínez. 3a. Ed. Editorial Porrúa. México 2006. XL, pp. 287-303

5. Pago de una compensación como expresión del principio de solidaridad por el daño especial sufrido con la muerte del civil en el fuego cruzado.
6. Pago de una compensación como expresión del principio de solidaridad por el daño especial sufrido con la muerte de los agentes estatales.

4. Conclusiones

A partir de la Constitución Política de 1991, se consagró una cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado.

La Responsabilidad del Estado ha tenido varias fases en su historia; como la irresponsabilidad absoluta, la responsabilidad de sus funcionarios, la responsabilidad indirecta, la responsabilidad directa -tesis organicista-, la responsabilidad directa -tesis de falta o falla del servicio-, y la responsabilidad directa -tesis de la responsabilidad objetiva-

El fundamento de la responsabilidad extracontractual en Colombia, reposó en primera medida en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, por culpa in eligendo e in vigilando, pero a partir del año 1939, la jurisprudencia comienza a reevaluar la responsabilidad indirecta, dando paso a la responsabilidad directa por la culpa de los agentes estatales, con fundamento en el artículo 2341 del Código Civil.

A partir del año 1941 comienza a hablarse de la falla del servicio, y en el año 1944, se presenta la responsabilidad directa bajo la tesis organicista, teniendo como premisa que no todos los agentes del Estado expresaban su voluntad y por tanto no son sus órganos. Finalmente en el año 1947 comienza a abrirse paso la responsabilidad objetiva en Colombia.

Los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado son: el Hecho Dañoso, El Daño Antijurídico y el Nexo Causal; y los presupuestos son los requisitos sine qua non, que se verifican por la conjunción y realización de los elementos y que dependerá, en cada caso concreto, del régimen aplicable.

El hecho dañoso, consiste en la actuación u omisión de las autoridades públicas, y que se da como ejercicio de las funciones que le corresponden, sin adentrarse en juicios de valor sobre la conducta de los agentes estatales, de conformidad con el artículo 90 de la carta política.

El daño antijurídico es aquel perjuicio que el individuo no está obligado a soportar por el hecho de convivir en sociedad.

El Nexo Causal se entiende como el enlace entre un hecho antecedente y un resultado; donde prevalece el enlace jurídico sobre el físico o natural, por cuanto si no existe causalidad jurídica, sería imposible la imputación al Estado.

Los títulos de imputación en la responsabilidad extracontractual del Estado, son las causas jurídicas por las cuales el particular atribuye la responsabilidad al Estado, y este responde patrimonialmente por los daños pagando la respectiva indemnización; y se

tienen 3 grandes títulos de imputación: la falla del servicio, el riesgo excepcional y el daño especial.

La falla del servicio como título de imputación, supone la irregularidad, el defecto, la omisión, la arbitrariedad, la ilegalidad o ilicitud de la conducta desplegada por el agente estatal, lo que conlleva la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado.

El riesgo excepcional se presenta cuando quiera que en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, desarrollados en beneficio de la comunidad, se emplean medios o recursos que colocan a los administrados, bien sea en sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar un riesgo de naturaleza excepcional, que, dada su articular 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 daño especial supone la ruptura del equilibrio social, por la existencia de un daño que excede el sacrificio que el común de los ciudadanos deben normalmente soportar en razón de la peculiar naturaleza de los poderes públicos y de la actuación estatal.

La Jurisprudencia del Consejo de Estado, frente a los actos terroristas a partir de la Constitución Política de 1991, ha reconocido la procedencia de distintos títulos de imputación aplicables y en ese sentido, ha sido variable en consideración al caso concreto, señalando en múltiples la procedencia de la falla del servicio, y en otras ocasiones, la procedencia del riesgo excepcional y del daño especial.

La jurisprudencia ha señalado que el régimen general para el estudio de la responsabilidad extracontractual por el acto terrorista, es la falla del servicio, y que solo cuando no se presentan los presupuestos para su configuración, procede el estudio bajo los títulos de imputación del régimen objetivo.

La responsabilidad extracontractual del Estado, se erige como principio fundamental dentro del Estado Social de Derecho. En este sentido, solo cuando realmente se logra la vinculación y sometimiento del poder público al derecho y el juzgamiento directo al Estado por los daños causados al conglomerado, podemos hablar de una organización social, debida a la norma y con orientación a la persona y la sociedad.

Teniendo en cuenta que por el rol que desempeña el Estado en esta nueva concepción, impone unas obligaciones positivas que se materializan en acciones, las cuales si se cumplen de manera inadecuada, o si se cumplen generando daños, la responsabilidad del Estado emerge como herramienta jurídica que evita las desigualdades e injusticias.

La responsabilidad, como juicio de reproche por una conducta desviada de la administración, ha perdido su naturaleza y en cambio, hoy se concibe como una forma de equilibrio solidario que se presenta ante algunas circunstancias. La responsabilidad extracontractual del Estado, por consiguiente deja de ser un juicio contra la administración donde se demuestra la obligación de indemnizar a los ciudadanos por los daños sufridos (sea causa directa o no de la actuación de la administración).

La responsabilidad extracontractual por daño especial fue formulada por Teissier, establecía que “Los ciudadanos no deben sufrir unos más que otros las cargas impuestas

en el interés de todos, de donde resulta que los daños excepcionales, los accidentes que el Poder Público causa a particulares, deben ser indemnizados por el presupuesto que está formado por las contribuciones de toda la colectividad. Además, las necesidades de la vida en común exigen que cada uno soporte sin indemnización los daños resultantes del ejercicio legal y regular del Poder Público, a menos que el legislador haya dispuesto lo contrario. Cuando el Estado ejecuta un acto que perjudica a un habitante haciéndole sufrir un daño injusto con respecto a los demás ciudadanos, está obligado a indemnizar ese daño para no romper el principio de equidad, de igualdad, que ampara por igual a todos los habitantes”.

La solidaridad como principio, se entiende como la adhesión circunstancial a la causa o a la empresa de otros, y como un modo de derecho u obligación in sólidum; significado adoptado por nuestro ordenamiento jurídico, en la medida en que la adhesión a la causa, refleja el deber de concurrir todos los ciudadanos a la realización de la Constitución Política y el Estado Social de Derecho.

El principio de solidaridad ha sido estudiado por la jurisprudencia, resaltando que es desarrollo y expresión del Estado Social de Derecho, y que tiene repercusiones y aplicaciones prácticas en el ordenamiento jurídico y en la interpretación judicial. Lo cual impone socorrer y auxiliar al desvalido, en indefensión o vulnerabilidad, para restablecerle en su equilibrio frente al resto de la sociedad, pero no constituye una fuente de responsabilidad.

Tanto la jurisprudencia como la Ley, han señalado el daño especial como una expresión del principio constitucional de solidaridad. Lo que implica el cambio de su naturaleza, y que no debe entenderse como un título de imputación, sino como una realización de un mandato de optimización que obliga al socorro, ayuda, comunión y compensación.

Cuando estamos en presencia de un daño especial, no estamos hablando de responsabilidad y de la consecuente indemnización, sino de otra cosa, de compensación.

En la actualidad el concepto de responsabilidad extracontractual es discutible, por cuanto ya no se le puede identificar con sus fundamentos básicos como la culpa, la inexistencia de relación o vínculo previo (contrato), el daño, entre otros aspectos, lo que lleva a pensar en una crisis de la institución.

En nuestro ordenamiento jurídico, se han acuñado los términos indemnización y compensación. En cuanto a la indemnización se refiere, esta denota una consecuencia en términos de obligación, por la declaratoria de responsabilidad, y busca dejar en equilibrio, indemne; mientras que el concepto de compensación, ha tenido una significación distinta y apunta más a la búsqueda de un paliativo, algo que no llega a restituir como tal el equilibrio.

El ordenamiento jurídico, tanto la Ley como la Jurisprudencia, han ubicado el concepto de compensación en latitudes lejanas de la responsabilidad, lo que demarca el distanciamiento que se ha querido establecer, y que permiten señalar que, cuando estamos ante un daño especial como expresión del principio de solidaridad, procede una compensación pero no la indemnización por cuanto no existe responsabilidad.

El término que interesa a la responsabilidad extracontractual, es el de indemnización y no el de compensación. Cuando se está en presencia de la compensación, estaremos en otro escenario; como la ayuda humanitaria, leyes transicionales postconflicto, etc., y para nuestro caso, en presencia de daño especial.

La determinación del daño especial como expresión del principio de solidaridad constitucional, supone la realización del Estado Social de Derecho y el principio de igualdad material; permitiendo que ante iguales daños sufridos por distintas personas, sean iguales las soluciones jurídicas.

Como último aspecto dentro del presente trabajo, dejaré planteadas algunas inquietudes para próximas investigaciones respecto de la responsabilidad extracontractual del Estado por actos terroristas:

¿Debe expedirse una Ley de responsabilidad extracontractual del Estado para evitar las diversas interpretaciones en los casos objeto de estudio por la jurisdicción de lo contencioso administrativo?

¿Resulta innecesario el establecimiento de una Ley que regule la responsabilidad extracontractual del Estado, por cuanto el papel del juez contencioso en el Estado social de derecho, es suficiente para garantizar la justicia e igualdad en los asuntos sometidos?

¿Resulta adecuado seguir hablando de responsabilidad extracontractual del Estado?

¿Debe replantearse la responsabilidad extracontractual y volverla a sus orígenes con la preponderancia del elemento subjetivo, desestimando los regímenes objetivos?

¿Resulta necesario el reconocimiento del Derecho de daños como Disciplina del derecho que reemplazó por completo la responsabilidad extracontractual del Estado?

¿Si se habla del Derecho de Daños, debe seguir prohiendo criterios de diferenciación la jurisprudencia, para reconocer indemnización en algunos casos y en otros no, aunque se presente el mismo daño?

Bibliografía

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Interpretación Jurídica y Discurso Racional. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2001.

BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro. La Responsabilidad Extracontractual del Estado. Grupo Editorial Leyer. Bogotá 1998. 381 p.

CASTRO ESTRADA, Álvaro. Responsabilidad Patrimonial del Estado: Análisis Doctrinal y Jurisprudencial Comparado, Propuesta Legislativa en México. Prólogo de Pedro G. Zorrilla Martínez. 3a. Ed. Editorial Porrúa. México 2006.

CUELLO IRIARTE, Gustavo. El Daño Especial, como Título de Imputación de la Responsabilidad del Estado: Historia. Legislación. Jurisprudencia. Gustavo Cuello Iriarte, Adriana Cuello Hermida, Jenaro Andrés Puerto Valencia. Procuraduría General de la Nación. Bogotá 2009.

DE TRAZEGNIES, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual. Tomo I, Editorial Temis, Quinta Edición; Bogotá 1999.

DIAZ, Elías. El Estado de Derecho y Sociedad Democrática. Editorial Taurus; Madrid 1998.

DWORKING, Ronald. Los Derechos en Serio. Editorial Ariel Derecho, Primera Edición 1984.

GARCÍA DE ENTERRÍA, La Lucha Contra las Inmunidades en el Derecho Administrativo, en el escenario de una conferencia en Barcelona en 1962.

GARCÍA- PELAYO, Manuel, "Las transformaciones del Estado contemporáneo. Ed. Alianza Universidad, Madrid 1994.

GIL BOTERO, Enrique, (1953) Temas de Responsabilidad Extracontractual del Estado. Prólogo de Ricardo de Ángel Yaguez. 3a. Ed. Librería Jurídica Comlibros. Bogotá 2006.

GIL BOTERO, Enrique. (1953) Responsabilidad Extracontractual del Estado. Prólogo Juan Carlos Henao Pérez. 4a. Ed. Grupo Editorial Ibañez. Bogotá 2010.

GIL IBAÑEZ, José Luis. La Responsabilidad Patrimonial De Los Poderes Públicos:(Jurisprudencia Contencioso-Administrativa). Actualidad Editorial. Madrid 1994.

H.L.A. HART, El Concepto de Derecho, Editorial Abeledo-Perrot, Argentina 1992.

HENAO PEREZ, Juan Carlos. El Daño. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 1998 (2007).

HENAO PÉREZ, Juan Carlos. La Responsabilidad Extracontractual Del Estado En Colombia: Evolución Jurisprudencial, 1864-1990. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1991.

HERNANDEZ ENRÍQUEZ, Alier y Otro. "la Responsabilidad Patrimonial Extracontractual del Estado Colombiano". Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá 2007.

IBÁÑEZ Najar, Jorge. Las funciones Públicas en Colombia y la Estructura del Estado para cumplirlas. Ed. Ibáñez. Bogotá 2006.

LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo, "El derecho de los Jueces". Editorial Legis, Primera Edición, Bogotá 2000.

LUCAS VERDÚ, Pablo. Estado Liberal de Derecho y Estado Social de Derecho. Universidad de Salamanca. Salamanca 1955.

MAGALDI, Nuria. Procura Existencial, Estado de Derecho y Estado Social: Ernst Forsthoff y la Crisis de Weimar. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2007.

MARCEAU LONG, PROPEL WEIL, GUY BRAIBANT, P. DEVOLVÉ, B. GENEVOIS. Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Francesa, Segunda Edición, Ediciones del Profesional Ltda. 2009.

MARQUARDT, Bernd, Los Dos Siglos del Estado Constitucional en América Latina (1810-2010). Ed. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá 2011, Tomos I y II.

MEJÍA QUINTANA, Oscar. "La norma básica como problema iusfilosófico. Tensiones y aporías del positivismo y las apuestas pospositivistas de superación" en Numas Gil (compilador), Filosofía del Derecho y Filosofía Social (Memorias Tercer Congreso Nacional), Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez, 2006.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. Responsabilidad del Estado. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires 1999.

RODRÍGUEZ Libardo. Estructura del poder público. Ed. Temis. 8ª. Edición, Bogotá, 2001.

RUIZ OREJUELA, Wilson. Responsabilidad del Estado y sus Regímenes. Ecoe Ediciones. Bogotá 2010. XVI.

RUIZ OREJUELA, Wilson. "Responsabilidad del Estado Legislador". Universidad Libre de Colombia, Bogotá 2011.

SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. La Responsabilidad Extracontractual De La Administración Pública. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá 2002.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. La Responsabilidad del Estado: El Daño Antijurídico (Const. Pol., Art. 90), el Riesgo Excepcional y las Actividades Peligrosas. Editorial Temis. Bogotá 1997.

TEUBNER, Gunther. La fuerza del derecho. Siglo del Hombre Editores, Ediciones Uniandes, Bogotá 2000.

YAGÜEZ, Ricardo de Ángel. "Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)". Editorial Civitas S.A., Madrid 1995.

FUENTES JURISPRUDENCIALES

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 28 de octubre de 1976, radicación número: 1482.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 22 de noviembre de 1991, radicación número: 6784.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 25 de septiembre de 1997, radicación número: 10421.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 25 de enero de 2001, radicación número: 11413.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 13 de abril de 2011, radicación número: 20549.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, de 26 de enero de 2011, radicación número: 18992.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 13 de septiembre de 1984, radicación número: 3641.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 28 de febrero de 1991, radicación número: 6065.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 14 de marzo de 2002, radicación número: 12705.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 27 de noviembre de 2002, radicación número: 13090.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 23 de mayo de 1973, radicación número: 978.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 1 de marzo de 1990, radicación número: 3260.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, de 11 de agosto de 2011, radicación número: 20325.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, de 14 de octubre de 2011, radicación número: 22066.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 18 de 1990, radicación número: 5925.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 17 de mayo de 1991, radicación número: 6175.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 25 de septiembre de 1997, radicación número: 104.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, de 4 de junio de 2012, radicación número 22772.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, radicación número: 22291.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, de 15 de febrero de 2012, radicación número: 21364.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 28 de julio de 1987, radicación número: 4983.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 23 de septiembre de 1994, radicación número 8577.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejera Ponente: Myriam Guerrero De Escobar, de 2 de octubre de 2008, radicación número: 52001-23-31-000-2004-00605-02 (AG).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 9 de febrero de 1995, radicación número: 9550.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 13 de mayo de 1996, radicación número: 10.627.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, de 10 de Agosto de 2000, radicación número: 11.585.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 26 de septiembre de 2002, radicación número: 13742.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 20 de mayo de 2004, radicación número: 15.393.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 14 de julio de 2004, radicación número: 14318.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 30 de Noviembre de 2006, radicación número: 15.523.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 6 de junio de 2007, radicación número: 16460.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 7 de octubre de 2009, radicación número: 17261.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 9 de junio de 2010, radicación número: 18536.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, de 7 de Julio de 2011, radicación número: 20835.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, de 28 de Septiembre de 2011, radicación número: 20571.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, de 27 de octubre de 2011, radicación número: 18988.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, de 15 de noviembre de 2011, radicación número: 21057.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, de 18 de enero de 2012, radicación número: 18154.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 19 de julio de 1991, radicación número: 6334.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 30 de julio de 1992, radicación número: 6828.

Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, sección Tercera, de 18 de marzo de 2010, radicación número: 15591.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección, C, de 18 de enero de 2012, radicación número: 18154.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, de 18 de julio de 2012, radicación número: 24962.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 11 de noviembre de 2009, radicación número: 17802.

Corte Constitucional Sentencia T-427-92.

Corte Constitucional Sentencia T-533-92.

Corte Constitucional Sentencia C-575-92.

Corte Constitucional Sentencia T-225-93.

Corte Constitucional Sentencia SU 111-97.

Corte Constitucional Sentencia C-333-98.

Corte Constitucional Sentencia T-029-01.

Corte Constitucional Sentencia C-100-01.

Corte Constitucional Sentencia C-892-01.

Corte Constitucional Sentencia C-232-02.

Corte Constitucional Sentencias C-484-02.

Corte Constitucional Sentencia C-1074-02.

Corte Constitucional Sentencias C-037-03.

Corte Constitucional Sentencia C-965-03.

Corte Constitucional Sentencia C-043-04.

Corte Constitucional Sentencias C-864-04.

Corte Constitucional Sentencia C-035-05

Corte Constitucional Sentencia C-1235-05.

Corte Constitucional Sentencia C-038-06.

Corte Constitucional Sentencia C-669-06

Corte Constitucional Sentencia C-793-09.

Corte Constitucional Sentencia C-529-10.

FUENTES ELECTRÓNICAS

www.presidencia.gov.co/Normativa/Documents/Constitucion-Politica-Colombia.pdf

www.corteconstitucional.gov.co

www.consejodeestado.gov.co

www.notinet.com