

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN COLOMBIA

*Dr. Juan Carlos Henao**

La responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia¹

Se pretende en este ensayo dejar por escrito la conferencia que tuve el honor de dictar en el "Seminario internacional sobre la responsabilidad patrimonial del Estado", organizado en ciudad de México D.F. los días 4 y 5 de octubre de 1999, bajo la coordinación del Instituto Nacional de Administración Pública y del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Es un placer venir a la ciudad de México D.F. con el propósito indicado, como quiera que los conferencistas que intervienen en el seminario son de reconocida talla internacional, y han trabajado todos en un tema tan apasionante como complejo. Los profesores españoles Leguina Villa y Blasco Esteve, dedicados de vieja data al tema al cual han hecho importantes aportes doctrinarios, dan fe de mi afirmación. Igual ocurre con los profesores argentinos Gambier y Zubiaur, así como con los connotados conferencistas mexicanos, dentro de los cuales quiero destacar especialmente al profesor Álvaro Castro Estrada, quien ha hecho un reciente e importante aporte doctrinario con su libro "Responsabilidad Patrimonial del Estado", que es, en mi conocimiento, la primera obra sistemática sobre la materia que se produce en territorio mexicano.

* Exmagistrado auxiliar del Consejo de Estado colombiano y catedrático de la Universidad Externado de Colombia

¹ Este ensayo recoge en buena medida, salvo algunas precisiones y citas recientes, el ensayo escrito en 1996, cuyo título fue "Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia", publicado por la Editorial de la Universidad Externado de Colombia, Santafé de Bogotá D.C., en el libro "Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Público", pgs. 729 ss.

Si a lo anterior se suma el hecho de venir en representación de un país como Colombia, compartiendo la mesa con el investigador Gustavo de Greiff Restrepo, quien a más de haber sido Consejero de Estado y Rector de una prestante universidad colombiana, ha sido estudioso del tema sobre el cual disertará, debo reiterar que es un reto grande la intervención con la cual aspiro lograr hacer un aporte de utilidad para la experiencia mexicana.

Colombia es un país privilegiado en derecho comparado cuando de responsabilidad del Estado se trata. Como se verá, la tradición que existe en el manejo doctrinario y jurisprudencial de la materia, hacen que Colombia sea un país a tener en cuenta por la experiencia que puede compartir. Ello no es necesariamente una virtud, porque en más de una ocasión denota el funcionamiento lesivo del Estado para los intereses ciudadanos, al causar mucho daño y violar los derechos fundamentales de los asociados.

Si digo que Colombia es un país privilegiado para este tipo de análisis, es porque, según declaraciones dadas al periódico El Tiempo por el Sr. Ministro de Hacienda, en el mes de agosto pasado, se tiene que en el Producto Interno Bruto, no en el presupuesto nacional, el 1.3% del mismo está comprometido con el pago de sentencias y conciliaciones por daños causados por el Estado. Es una cifra alarmante que coincide con las afirmaciones que en un Congreso de 1996 tuve oportunidad de expresar: "en 1990 el rubro destinado a tal concepto significaba sólo el 0.16% del presupuesto, mientras que para el año de 1997 significará el 0.86. Si en 1996 se destinó la cifra de 206.166 millones de pesos, en 1997 se llegará a la suma de \$283.117 millones. Esta cifra sólo da una idea de los costos directos, que no los indirectos representados, por ejemplo, por el costo de oportunidad del dinero, por los costos que significan los hechos dañinos no cubiertos por la indemnización, por los costos que significan para todas las partes su litigio, etc. Dicha cifra está ya bordeando el 1% de nuestro presupuesto nacional" lo cual muestra que, "estamos frente a una bola de nieve que no dejará de crecer, frente a un cáncer en el presupuesto con un gran poder destructivo". Pues bien, dicho cáncer sigue ganando terreno. En el año de 1999 y según información del Ministerio de Hacienda, frente a un presupuesto de 40 billones de pesos y un producto interno bruto de 165 billones, las asignaciones presupuestales para hacer frente a los daños bordea el billón de pesos -996 mil millones-. Dos casos nutren esta cifra: las llamadas sentencias que generan situaciones permanentes, como por ejemplo las de constitucionalidad que exigen dar una mesada de más a los trabajadores, que ascienden a 610 mil millones de pesos, y que se llaman permanentes porque producen una situación de larga proyección en el futuro; las llamadas sentencias que generan situaciones transitorias, que son las típicas falladas por los jueces contenciosos, que suman 356 mil millones, sin contar aquí 1 billón de pesos que se considera podrían costar las sentencias del conocido y polémico caso de Foncolpuertos.

El anterior panorama exige entonces definir desde ya una postura ideológica frente al problema planteado: no se puede, ante la alarmante cifra económica que se mueve en

la materia, llegar a conclusiones totalitarias que supongan la erradicación de la responsabilidad del Estado. Una tal postura significaría ir en contravía de la tradicional y necesaria concepción según la cual, un Estado de Derecho, se define tanto por el principio de legalidad como por el principio de responsabilidad. Se debe recordar que el axioma fundamental de la responsabilidad civil reside en que "el ser humano es libre de sus actos pero esclavo de sus consecuencias", y que frente a la producción de daños no se puede aceptar la impunidad porque ella llevaría al relajamiento de la disciplina y convivencia sociales. Sería enseñar socialmente que la víctima debe soportar, sin más, los daños injustificados, y que por tanto el responsable está exento de indemnizarlos. Si lo anterior se predica del ser humano, con mayor razón se ha de predicar del Estado, que, en síntesis, representa en un territorio determinado la filosofía que debe ilustrar a sus asociados. El punto es de importancia en este seminario, en donde precisamente se debate la posibilidad de que en el derecho mexicano se instaure, por primera vez a nivel constitucional, tal garantía para los asociados.

Al desarrollo global del tema de la responsabilidad del Estado apunta entonces este escrito, que pretende realizar una presentación general del mismo en Colombia. Múltiples opciones se presentaban para abordarlo. Una de ellas sería por ejemplo, la cronológica, haciendo un recuento de las más importantes decisiones sobre el tema. Otra, la doctrinaria, dando mayor énfasis a las teorías que sustentan las decisiones. Otra aún, los campos en los cuales opera la responsabilidad del Estado, y los pormenores en la procedencia de su indemnización. Consciente de la dificultad del tema, opté por hacer una simbiosis en la manera de presentarlo: respetando la cronología que supone la historia, se hace una presentación de las diversas teorías que han estado en juego, para con ello explicar someramente los campos en los cuales el Estado ha sido declarado responsable de indemnizar perjuicios causados a una persona.

Para ello se estudiará en un primer momento la evolución jurisprudencial que ha existido desde los orígenes de la responsabilidad del Estado en el país hasta el año de 1991, para proceder luego al estudio de la forma como se concibe el instituto desde dicha fecha. Naturalmente la presentación del tema tiene una desproporción notoria en su aspecto cronológico, pero ello se explica en la medida en que fue a partir del artículo 90 de la Constitución Política de 1991,² cuando se planteó por primera vez una norma Constitucional que expresamente guiara la materia. Esta norma genera inquietudes en cuanto a su alcance, máxime si se tiene en cuenta que la jurisprudencia nacional sobre el tema había recorrido básicamente las mismas etapas que la jurisprudencia francesa, y se encuentra ahora bajo una formulación normativa de corte español. Este aspecto es otro elemento importante de Colombia en el derecho comparado, porque la formulación constitucional de influencia española se contrasta

²Dice el artículo 90: "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culpable de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste".

con una tradición jurisprudencial influenciada por el derecho francés. Es así como, aspiro, la forma de tratar el tema puede permitir la presentación histórica de la materia, sin dejar de lado su sustentación doctrinaria.

Nos dedicaremos pues en una primera parte a estudiar la evolución de la responsabilidad extracontractual del Estado del siglo XIX a la Constitución Política de 1991, para concentrarnos en una segunda parte en el significado de la aparición de la noción de daño antijurídico en dicha Constitución, lo cual permitirá no sólo observar cómo ha evolucionado y ha sido entendida tan importante noción, sino dejar plasmadas unas observaciones generales.

Primera parte: Del siglo XIX a la Constitución Política de 1991

La historia de la evolución jurisprudencial está marcada por la dualidad de jurisdicciones encargadas de proferir fallos sobre el tema en estudio, por lo que debe hacerse la siguiente presentación: **1a.** La responsabilidad declarada por la Corte Suprema de Justicia. **2a.** La responsabilidad declarada por el Consejo de Estado.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia tuvo la competencia general sobre la materia hasta el año de 1964, ya que desde el siglo XIX fue llamada a dirimir "los negocios contenciosos en que tenga parte la Nación" (art. 151 de la C.P. de 1886). Desde 1964, en virtud del decreto-ley 528, el Consejo de Estado adquiere la competencia general para conocer de las controversias de responsabilidad contra los entes públicos. Así pues, en el interregno, es decir, desde el siglo XIX hasta 1964, la competencia entre las dos corporaciones fue repartida, debiendo anotarse que era la Corte Suprema la que tenía la competencia general. Al Consejo de Estado sólo le correspondía, en virtud de la ley 130 de 1913, el estudio de la responsabilidad del Estado como consecuencia de una declaratoria de nulidad, y desde la ley 38 de 1918, las reclamaciones intentadas contra la Nación por expropiaciones o daños en la propiedad ajena causados por órdenes administrativas, sin dejar de anotar que desde 1941 le correspondió la responsabilidad por trabajos públicos con los cuales no se produjera ocupación permanente. La división de competencia supondrá entonces una separación de la normatividad aplicable para dirimir los conflictos.

De la presentación de la jurisprudencia se observará que la responsabilidad del Estado, al igual de lo que ha ocurrido en el común de los países, ha tenido una evolución legal y jurisprudencial lenta, que ha ido incrementando el cubrimiento de la protección del patrimonio de los administrados cuando han sido perjudicados por la acción o la omisión estatal. Veamos pues las divisiones enunciadas.

1.A. La responsabilidad declarada por la Corte Suprema de Justicia

En los primeros fallos de la Corte Suprema Federal del siglo anterior, se decretaba la

responsabilidad del Tesoro Nacional con base en leyes o decretos que obligaban a responder por los perjuicios que ocasionaran los ejércitos republicanos durante las guerras civiles de dicho siglo. Por ello, en el evento en el cual el perjudicado no demostrara ajustarse a las exigencias legales, la Corte rechazaba sus pretensiones,³ a pesar de haberse probado el perjuicio. Lo anterior no impidió a la Corte afirmar que "si en esto hai alguna injusticia; si se desatiende un llamado que parece fundado en la equidad, corresponde al legislador reparar esa injusticia, sancionando la disposición que reconozca la indemnización o pago de los perjuicios inferidos a los particulares por los beligerantes en la última lucha nacional; mas no a los tribunales que tienen la única misión de aplicar la lei escrita".⁴ Y la razón para desatender el justo reclamo del perjudicado era, según la misma sentencia, claro: "ni el decreto diez ocho de septiembre de mil ochocientos sesenta i uno, 'sobre suministros y empréstitos', ni ninguna otra de las disposiciones que rigen, respecto a pagos de gastos causados en la guerra que comenzó el ocho de mayo de mil ochocientos sesenta, reconocen la obligación, de parte del Gobierno, de pagar daños y perjuicios causados en la mencionada guerra".

Se observa entonces que en el siglo XIX la responsabilidad del Estado se encontraba circunscrita a las normas jurídicas que reconocieran expresamente la obligación indemnizatoria a cargo del Estado, y que finalmente los jueces lo único que hacían era aplicar las formas y los requisitos estipulados en ellas, para otorgar indemnización a cargo del Tesoro Nacional. No existía un principio general que supusiera el deber resarcitorio de parte del Estado cuando los daños le fueren claramente imputables.

Sin embargo, se encuentra también una interesante sentencia que desde el siglo anterior sentaba ya un principio general: "la responsabilidad del Estado en todo tiempo, pero especialmente en época de guerra civil por los actos ejecutados por sus agentes, es un principio de derecho público reconocido universalmente, y los citados artículos 2341 y 2347 del Código Civil lo establecen de una manera indudable". Esta sentencia,⁵ que, en mi conocimiento, es excepcional en la medida en que no se apoya sobre norma concreta que prevea la indemnización, merece un comentario especial: la jurisprudencia empieza desde el siglo XIX a sentar principios generales de responsabilidad. En el evento se trataba de la caducidad del contrato de concesión de privilegio de construcción de un mercado público en la ciudad de Colón (Panamá), para sacarlo a licitación y adjudicarlo a otras personas, apoyándose para ello en la expedición ilegal de un decreto. La referencia a normas generales, y el salvamento de voto que contiene la decisión, permiten pensar que desde el siglo XIX se inicia en Colombia la posibilidad

³ Es el caso de la sentencia del 17 de marzo de 1888, publicada en la G.J. del 7 de abril de 1888, Año II, N° 65, p. 102, en la cual se rechaza la indemnización de un gran platanal que sirvió durante tres meses para proveer la manutención del general Trujillo, pues no se probó de éste su recepción.

⁴ Corte Suprema Federal, enero 3 de 1865, Estados Unidos de Colombia, Diario Oficial Año 2; viernes 13 de enero de 1865, n° 222, p. 849: "El demandante ha demostrado satisfactoriamente, dentro del término probatorio, que su casa situada en la calle del Pozo (ciudad de Santa Marta), fue ocupada por las fuerzas de la extinguida Confederación Granadina, que hacían la defensa de esa plaza en los meses de noviembre i diciembre de 1860, para operaciones militares i punto fortificado; que la ocupación de que se trata se llevó a efecto por orden i disposición de Julio Arboleda i José María Vieco, jefes de las fuerzas que peleaban dentro de la ciudad i se apoderaron de las casas i edificios que se creían más idóneos para el buen éxito de la defensa que hacían; que el detenedor sufrido en la casa del demandante, a consecuencia de recibir los fuegos de la artillería de los federalistas, se estima en tres mil pesos".

⁵ Corte Suprema de Justicia, Bogotá, octubre 20 de 1898, G.J. año XIV, Bogotá 28 de marzo de 1890, n° 685-686, p. 54 a 57.

de obtener indemnización de perjuicios por fuera de una norma que expresa y concretamente así lo ordenara.

En las sentencias citadas los jueces se apoyaban entonces sobre las normas legales que permitían imponer obligaciones al Estado, aunque también iniciaban la construcción de los principios generales establecidos por el Código Civil para ser aplicados al Estado. De todas formas, la preponderancia se daba sobre la responsabilidad derivada de la ley que así la previera expresamente. En este punto se debe anotar que, al igual de lo que ocurre en otros países, la responsabilidad del Estado nace siendo una responsabilidad de naturaleza objetiva así dispuesta por el legislador, como se previó en Colombia para los efectos en los cuales se dieran expropiaciones durante el siglo XIX.

Ahora bien, en los inicios del siglo XX la Corte utiliza las normas del código civil sobre responsabilidad, y en ocasiones muy contadas, se refiere también a normas de carácter Constitucional para fundamentar la responsabilidad del Estado.

En lo que toca a los fundamentos de derecho privado, la Corte Suprema de Justicia, recurría indistintamente a las tesis de la responsabilidad indirecta y de la directa, sustentada la primera en los artículos 2347⁶ y 2349⁷ del código civil, y la segunda en el artículo 2341.⁸ Es quizás la luminaria y profunda sentencia del caso "Tinjacá" del 30 de junio de 1962, la que con mayor claridad da cuenta de la evolución que hubo sobre el punto en mención. Allí se dijo:

"... como medida inicial, la Corte tomó la siguiente del artículo 2347 del C.C. 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 en las sentencias de 1896 (octubre 26) y 1898 (octubre 20) y de otras anteriores a que éstas aluden. Después de una larga reiteración, esta doctrina sufrió una mudanza radical, como antes se expuso (Casación de agosto 21 de 1939, XLVIII. 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 anterior".⁹

La lectura que de los mencionados artículos hacía la jurisprudencia, permite suponer que básicamente el fundamento de la responsabilidad se sustentaba en la culpa

⁶Dice el artículo 2347 del C.C.: "Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado... Pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho".

⁷Dice el artículo 2349 del C.C.: "Los amos responderán del daño causado por sus criados o sirvientes, con ocasión del servicio prestado por estos a aquellos; pero no responderán si se probare o apareciere que en tal ocasión los criados o sirvientes se han comportado de un modo impropio, que los amos no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso recaerá toda la responsabilidad del daño sobre dichos criados o sirvientes".

⁸Dice el artículo 2341 del C.C.: "El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido".

⁹Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 de junio de 1962. Ponente: José J. Gómez, juicio de Reinaldo Tinjacá y Aurelio Planells contra el municipio de Bogotá, Diario Jurídico, año X, volumen XII, n° 593, p. 337. Se aconseja el estudio de esta sentencia, por la completa evolución que relata.

derivada del Código Civil, aplicada a las personas públicas. En el evento en el cual el Estado cometiera una culpa, ya fuera porque se considerara que directamente había incurrido en ella (art. 2341 C.C.) o porque lo había hecho a través de sus agentes (2347 C.C.), y con ella causara un perjuicio, se indemnizaba, independientemente del servicio público cuestionado y del nivel de culpa en el que se hubiere incurrido.

Múltiples casos de sentencias condenatorias se presentaban, sin que se discutiera si existía o no una cualificación de la culpa y sin que se tuviera en cuenta que se trataba de determinado servicio público: perjuicios morales causados por empleados del municipio de Bogotá al extraer y lanzar ilegalmente a la fosa común los restos mortales de esposa que eran venerados por su marido,¹⁰ perjuicios causados a propietario por avenida de río originada en la mala realización de obras públicas,¹¹ muerte de ciudadanos causada por locomotora oficial sin que las líneas del ferrocarril estuvieren cercadas,¹² perjuicios a empresa hidráulica particular por el desvío ilegal del cauce de un río imputable a un municipio,¹³ muerte de ciudadanos por electrocución con cables eléctricos estatales,¹⁴ muerte y lesiones de ciudadanos al caer avión militar durante desfile,¹⁵ inundación de inmueble comercial al ser abierto imprudentemente un hidrante,¹⁶ muerte de ciudadano al caer en caja de hidrante que imprudentemente llevaba varias semanas abierta¹⁷ o, en general, por defectuoso mantenimiento de vías públicas,¹⁸ muerte de soldado mordido por un perro con peste de rabia ante impericia del médico militar¹⁹ o lesiones por falta de masajes médicos,²⁰ lesiones o muertes en accidentes de tránsito automotor,²¹ deterioro de mercancías importadas que se encontraban depositadas en un puerto,²² muerte de magistrado por parte de recluso en momentos en que realizaba visita oficial a la prisión y por omisión en la vigilancia,²³ muerte de ciudadanos por exceso de la fuerza pública,²⁴ etcétera.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación, 21 de julio de 1922. Ponente: Tancredo Nannetti, G.J. Tomo XXIX, n° 1515, p. 219. Esta sentencia amerita ser leída pues constituye el primer antecedente de reconocimiento de perjuicio moral.

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 17 de septiembre de 1935. Ponente: Eduardo Zuleta Ángel, G.J., Tomo XLIII, p. 393.

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, 12 de marzo de 1937. Ponente: Pedro A. Gómez Naranjo, G.J., Tomo XLV, n° 1923, p. 355. Los litigios originados por accidentes de trenes fueron numerosos, y se citan sólo algunos ejemplos: 17 de junio de 1938, Ponente: Eleuterio Serna, G.J. Tomo XLVI, n° 1937, p. 677; 17 de julio de 1938, G.J. n° 1937, p. 684; 25 de noviembre de 1938, Ponente: Ricardo Hinestrosa Daza, G.J. Tomo XLVII, n° 1940, p. 581.

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 17 de agosto de 1937. Ponente: Liborio Escallón, G.J. Tomo XLV, n° 1923-1938, p. 423. En igual sentido ver: Sala de Negocios Generales, 10 de diciembre de 1937, G.J. Tomo XLV, n° 1930, p. 914.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 27 de junio de 1941, Ponente: Hernán Salamanca, G.J. Tomo LI, n° 1970, p. 292. En similar sentido: Sala de Casación Civil, 11 de diciembre de 1942, Ponente: José Miguel Arango, G.J., Tomo LIVbis, p. 325; Sala de Casación Civil, 27 de octubre de 1947, Ponente: Ricardo Hinestrosa Daza, G.J., Tomo LXIII, n° 2053, p. 86.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, 10 de julio de 1941, Ponente: Aníbal Cardozo, G.J. Tomo LII, n° 1977, p. 123.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 18 de noviembre de 1941, Ponente: José Miguel Arango, G.J., Tomo LII, n° 1977, p. 758.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 25 de febrero de 1942, Ponente: Hernán Salamanca, G.J., Tomo LII, n° 1983, p. 82.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, 26 de octubre de 1951, Ponente: Agustín Gómez Parda, G.J., Tomo LXX, n° 2103, p. 945. Ver igualmente: Sala de Casación Civil, 16 de abril de 1964, Ponente: José Hernández Arbeláez, G.J., Tomo CVII, n° 2272, p. 49.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, 14 de marzo de 1942, Ponente: José M. Blanco, G.J., Tomo LII, n° 1977, p. 920.

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, 27 de agosto de 1943, Ponente: Aníbal Cardozo, G.J., Tomo LVI, n° 2001-2005, p. 507.

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, 26 de septiembre de 1944, Ponente: Arturo Tapias Pilonieta, G.J., Tomo LVIII, n° 2016, p. 507; 26 de noviembre de 1945, Ponente: Germán Avarado, G.J., Tomo LIX, n° 2019-2021, p. 1158.

²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, 15 de septiembre de 1984, Ponente: Aníbal Cardozo Gaitán, G.J., Tomo LXIV, n° 2060, p. 918.

²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, 31 de enero de 1961, Ponente: Luis Carlos Zambrano, G.J., Tomo ACV-ACV, n° 2235-2238, p. 823.

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, 30 de enero de 1964, G.J., Tomo CVI-CVII, n° 2271-2272, p. 529. En similar sentido: Sala de Negocios Generales, 19 de junio de 1964, Ponente: Ramiro Araujo Grau, G.J., Tomo CVII, n° 2272, p. 807.

Los múltiples eventos reseñados muestran que la jurisprudencia de la Corte Suprema, utilizando la noción de culpa del derecho privado, condenaba en vastos campos del actuar administrativo al Estado colombiano.

La construcción de la culpa es ampliada con la de la culpa presunta, que encuentra numerosas hipótesis de aplicación, sobretudo en materia de actividades peligrosas. La Corte se ampara en la aplicación del artículo 2356 del C.C.,²⁵ advirtiendo que "no establece la llamada teoría del riesgo",²⁶ y que en tratándose de actividades peligrosas se supone "que la carga de la prueba no corresponde al damnificado, sino que corre de cargo del agente negligente, imprevisto o descuidado, y que para exonerarse de esa responsabilidad tiene que comprobarse, o el caso fortuito, la fuerza mayor, o la intervención de elemento extraño que pudieran desvirtuar la responsabilidad del agente".²⁷

La extensión de la noción de culpa iusprivatista aplicable al Estado, tanto en su versión probada como presunta, hacía que en ese momento no se aplicaran los regímenes de responsabilidad sin culpa, excluyendo naturalmente aquellos campos derivados de las expropiaciones o de los trabajos públicos, que habían tenido su consagración legal desde el siglo anterior. Pero esta excepción, como ya se ha anotado, provenía de la elaboración legal y no jurisprudencial, de regímenes de responsabilidad objetiva.

También durante este período, aunque muy raramente, la Corte Suprema, sustentó la responsabilidad directamente en el artículo 16 de la Constitución Política de 1886,²⁸ como se puede observar en el precitado fallo del 30 de junio de 1962: "la inexistencia de un texto legal que estatuya concretamente la responsabilidad aquiliana de las entidades jurídicas y la especial de la administración por las fallas del servicio, no fue óbice a la jurisprudencia, guiada particularmente por la ley de la analogía, para abrirles sitio en las disposiciones del derecho común, y ahora, así mismo, en el dicho artículo 16". Sin embargo, esta sentencia debe ser reseñada con beneficio de inventario, en el sentido de no permitir que a partir de ella se afirme que la Corte Suprema de Justicia utilizaba usualmente normas Constitucionales para declarar la responsabilidad del Estado Colombiano. Si la construcción de la falla del servicio puede deberse en parte a la Corte Suprema de Justicia, tampoco debe olvidarse que para la misma época el Consejo de Estado ya había hecho expresa referencia a la teoría, como se verá, lo cual no obsta sin embargo para que se pueda afirmar con el profesor Antonio José de Irisarri Restrepo, que en el fallo Tinjacá la Corte Suprema "optó nítidamente

²⁵ Dice el artículo 2356 C.C.: "Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta. Son especialmente obligados a esa reparación: 1° el que dispara imprudentemente una arma de fuego; 2° El que remueve las lozas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche; 3° El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino".

²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 24 de junio de 1942, Ponente: Liborio Escallón, G.J., Tomo LIII, n° 1983, p. 656.

²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 11 de diciembre de 1942, Ponente: José Miguel Arango, G.J., Tomo LIV, p. 325.

²⁸ Decía el artículo 16: "Las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".

por la responsabilidad directa en cuanto a responsabilidad civil de la persona jurídica privada y por la doctrina de la 'falla del servicio o culpa de la administración' para fundar la responsabilidad de las personas jurídicas de derecho público".²⁹ Se advierte con lo anterior que en Colombia la teoría de la falla del servicio tuvo orígenes tanto en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como en la del Consejo de Estado, siendo básicamente de esta última Corporación su uso normal y regular.

Con lo hasta aquí dicho se puede afirmar que es mucho lo que la responsabilidad del Estado le debe a la Corte Suprema de Justicia y al derecho privado.

I.B. La responsabilidad del Estado declarada por el Consejo de Estado

Como ya se ha anotado, en la misma época en la que la Corte Suprema tenía la competencia general en la materia, el Consejo de Estado tenía una competencia residual que sólo se torna general en 1964, lo cual implica que aún antes de 1964 el Consejo de Estado hizo sus aportes, y de suma importancia, para que se consolidara dicha responsabilidad en nuestra historia jurídica, que luego de 1964 ya es manejada exclusivamente por esta jurisdicción, a pesar de que se generan conflictos por determinados servicios industriales y comerciales del Estado.

En una primera época, es decir, de 1913 a 1964, se encuentran muy interesantes sentencias del Consejo de Estado en las cuales se aplican tanto las normas legales expresas que contemplan la responsabilidad del Estado al igual de lo que ocurría en el siglo anterior con la Corte Suprema Federal,³⁰ como las normas sobre trabajos públicos y responsabilidad derivada de actos u operaciones administrativas.

El Consejo de Estado produce por este período sentencias importantes en las cuales rechaza las normas de derecho privado para fundar la responsabilidad del Estado. En sentencia del 2 de noviembre de 1960 se enuncia la separación conceptual de la forma como habría de concebirse en el futuro la responsabilidad del Estado: "En la Constitución Nacional se echaron las bases de las ideas analizadas y en el código contencioso administrativo se desarrollaron ampliamente, estructurándose así un sistema jurídico autónomo y congruente sobre responsabilidad del Estado, que hizo inoperante, en estas materias, la reglamentación del derecho privado".³¹ Se remite la sentencia al título tercero de la Constitución, y especialmente a su artículo 16, consolidándose así lo que posteriormente pasará a ser el fundamento normativo de la responsabilidad del Estado en Colombia.

²⁹ De Irisarri Restrepo, Antonio José. "La responsabilidad de la administración pública por falla o culpa del servicio en Colombia". Artículo inmerso en el libro "La responsabilidad de la administración pública en Colombia, España, Francia e Italia", Editorial de la Universidad Externado de Colombia, 1986, p. 151.

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 18 de junio de 1915. Ponente: Luis F. Rosales, A.C.E., Tomo 2, 1916, n° 1-10, p. 163; se declara la responsabilidad por expropiaciones realizadas en la guerra de 1895.

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 2 de noviembre de 1960, Ponente: Carlos Gustavo Arrieta, Actor: Ira Elisch-Washburn, expediente n° 928, A.C.E., Tomo LXII, n° 387-391, p. 154; ver en igual sentido: 30 de septiembre de 1960, actor: Esther Wolff de Posada, Ponente: Francisco Eladio Gómez, A.C.E., Tomo LXIII, n° 392-396, p. 728.

En esas sentencias se otorga fundamento autónomo a la responsabilidad del Estado, y de paso, por vía de doctrina que no por vía de solución de la litis, se esboza la noción de falla del servicio. Pero en la jurisprudencia del Consejo de Estado de los años 60 y anteriores, al igual de lo que ocurre con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la utilización de la noción de falla del servicio no es para nada recurrente y prima, en lo que toca a la falla del servicio, la concepción iusprivatista derivada de la aplicación de las normas del código civil.

En lo referente a trabajos públicos y expropiaciones sí se presentan numerosas sentencias que apoyadas en la ley 167 y normas anteriores, realizan la construcción jurisprudencial de la responsabilidad objetiva. La metodología en este aspecto sigue siendo la remisión directa a la ley expresa.

Sin embargo, el Consejo de Estado empieza a separarse radicalmente de las teorías del derecho privado, cuando en una sentencia referente a la responsabilidad derivada de actos u operaciones administrativas, presenta tempranamente un cambio trascendental, al abrir campo a la responsabilidad por daño especial. En la conocida sentencia del caso del periódico "El Siglo S.A.", de 1947, se expresaba con contundencia: "examinadas las anteriores doctrinas modernas, bien se ve que comparadas con remotas teorías del Derecho, la jurisprudencia ha venido en constante progreso, no por saltos sino lentamente, partiendo del viejo principio de la irresponsabilidad total y pasando gradualmente por los de la responsabilidad culposa y la responsabilidad sin falta, a los actualmente en vigor del enriquecimiento sin causa y del daño especial, señalando los avances del Derecho tanto en el tiempo como el espacio. Ahora bien: al aplicar tales doctrinas jurídicas, expuestas, según se ha visto, con envidiable claridad por eminentes tratadistas, es evidente, desde luego, que en el caso de autos debe desecharse por improcedente la relativa al enriquecimiento, puesto que el Estado no derivó ningún aumento del patrimonio con la suspensión del diario El Siglo, ni mucho menos con detrimento de esta empresa; y, en cambio, acogerse la del daño especial, en armonía con la responsabilidad sin falta".³² Acoge pues esta sentencia una de las construcciones doctrinarias más queridas del derecho administrativo, que no había sido utilizada por la Corte Suprema de Justicia, sino tan solo meramente enunciada, como ya se ha visto.

En lo que toca a la generalidad de la jurisprudencia del Consejo de Estado, se puede entonces anotar que se consolida antes de 1964 la fundamentación de la responsabilidad del Estado basada en el artículo 16 de la C.P., sin que ello significara que la noción de falla del servicio fuera utilizada recurrentemente - lo cual se explica por la competencia residual que básicamente giraba en torno a la responsabilidad objetiva del trabajo público y de la expropiación -, al igual que la teoría del daño especial, que sin

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, 28 de abril de 1967, Ponente: Carlos Portocarrero Múlis, A.C.E., Tomo LXXII, n° 413-414, p. 257: se condena por falla del servicio al Estado por los perjuicios ocasionados a un ciudadano por el ejército al disolver una manifestación.

ser utilizada con frecuencia, sí encuentra el importante antecedente en el cual se abre campo en nuestro discurso jurisprudencial.

Se llega pues a 1964 con las bases para realizar un desarrollo de derecho público de la responsabilidad del Estado, para que en adelante sí se consolide a partir del fundamento del artículo 16 C.P., y básicamente a través de la noción de falla del servicio.

La noción de falla del servicio adquiere así un papel relevante, para justificar y delimitar la responsabilidad:

"es primer deber del Estado procurar la realización del bien común, principio consagrado en el art. 16 de la Constitución; para ello dispone y organiza los llamados 'servicios públicos'. Ahora bien: si como consecuencia, bien de un mal funcionamiento del servicio o de su 'no funcionamiento' o del tardío funcionamiento del mismo se causa una lesión o un daño el Estado es responsable y por consiguiente está en la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados. Y esto con prescindencia de la culpa personal del agente o agentes encargados de la prestación del servicio, pues bien sea que aquel o aquellos aparezcan o no como responsables del hecho dañoso, la administración debe responder cuando el daño se ha causado como consecuencia de una falla en el servicio que estaba obligado a prestar por cuanto, se repite, esa responsabilidad se origina en último término, en el deber primario del Estado de suministrar a los asociados los medios conducentes a la efectividad de sus servicios, a la consecución de sus fines; en otras palabras, a la realización del bien común. Pero para que pueda condenarse al Estado por culpa aquiliana se requiere que aparezcan demostrados en el expediente los siguientes presupuestos: 1° existencia del hecho (falla en el servicio); 2° daño o perjuicio sufrido por el actor y, 3° relación de causalidad entre el primero y el segundo".³³

La definición misma del concepto falla del servicio tiene una precisión, pues en la sentencia Alberto Cifuentes Lindarte se abandona la tradicional noción según la cual la falla se presenta "cuando el servicio no funcionó, funcionó tardía o defectuosamente", indicándose que ella "es la violación al contenido obligacional que se impone al Estado, y que puede ser infringido ya sea porque así se deduce nítidamente de una norma que estatuye con precisión aquello a lo cual está obligado el Estado frente al caso concreto, ya que sea porque así se deduce de la función genérica del Estado, que se encuentra plasmada prioritariamente en el artículo 16 de la Constitución Política".³⁴

Esta precisión conceptual es utilizada indistintamente con la concepción tradicional debida a Paul Duez.

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de marzo de 1990, Ponente: Antonio José de Irisarri Restrepo, colaboró: Juan Carlos Henao Pérez, actor: Luis Alberto Cifuentes Lindarte, Tomo 114 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 114.

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de marzo de 1990, Ponente: Antonio José de Irisarri Restrepo, colaboró: Juan Carlos Henao Pérez, actor: Luis Alberto Cifuentes Lindarte, Tomo 114 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 114.

La aplicación de la falla del servicio continua ampliándose, a punto tal que se puede afirmar que no hay campo administrativo que no esté sujeto a una declaratoria de responsabilidad del Estado.³⁵ Para efectos de hacer una ilustración del tipo de perjuicios que se indemnizan en este período por la vía de la falla del servicio, se citan los siguientes ejemplos: perjuicios originados a propietario de inmueble en la Plaza de Bolívar por el retardo injustificado en decidir sobre licencia de construcción,³⁶ perjuicios ocasionados por mal mantenimiento de vías públicas,³⁷ perjuicios ocasionados por lesiones a ciudadano por parte del ejército al disolver una manifestación,³⁸ muerte de ciudadanos por vehículos oficiales,³⁹ perjuicios ocasionados a paciente por intervención quirúrgica mal realizada por Hospital Militar Central,⁴⁰ perjuicios ocasionados por accidente ocurrido a avión debido al mal estado del aeropuerto,⁴¹ perjuicios ocasionados por cables eléctricos que fueron dejados al aire imprudentemente por la administración,⁴² perjuicios ocasionados por el servicio de justicia al permitir que títulos a disposición de un juzgado fueran retirados y cobrados por particulares,⁴³ perjuicios ocasionados por el retardo injustificado en entregar sumas de dinero provenientes del remate de una mercancía,⁴⁴ perjuicios ocasionados con derrumbe de montaña al no impedirse el tránsito de automóviles a pesar del inminente peligro de un deslizamiento de tierras,⁴⁵ homicidio o lesiones de personas por exceso en la utilización de armas de dotación oficial,⁴⁶ perjuicios a abogado que aparece en 'lista negra' de la Procuraduría en la cual figura erradamente como exjefe destituido,⁴⁷ perjuicios ocasionados a propietario de predio rural que a más de no poder volver a su predio por presencia guerrillera fue secuestrado y tuvo que pagar una suma de dinero,⁴⁸ quema de bus por manifestantes debida a omisión en la vigilancia,⁴⁹ muerte de piloto en

³⁵ Habida cuenta de los numerosos ejemplos que hay para sustentar lo afirmado, sugiero la consulta de mi libro "La responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. Evolución Jurisprudencial. 1864-1990". Editorial de la Universidad Externado de Colombia, mayo de 1991, en tres volúmenes, en donde aparecen reseñadas y clasificadas la mayoría de las sentencias que se citan a lo largo de este escrito.

³⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, 24 de junio de 1965, Ponente: Alejandro Domínguez Molina, A.C.E., Tomo LXIX, n° 407-408, p. 441.

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, 22 de septiembre de 1966, Ponente: Guillermo González Cari, A.C.E., Tomo LXX y LXXI, n° 409-412, p. 830.

³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, 28 de abril de 1967, Ponente: Carlos Portocarrero Mutis, A.C.E., Tomo LXXII, n° 413-414, p. 257. En igual sentido: 28 de junio de 1967, Ponente: Carlos Portocarrero Mutis, A.C.E., Tomo LXXII, p. 279.

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 27 de septiembre de 1968, Ponente: Gabriel Rojas Arbeláez, actor: Pedro Pablo Arango y otra, expediente n° 782, A.C.E., Tomo LXXV, n° 419-420, p. 329.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, 26 de octubre de 1973, Ponente: Gabriel Rojas Arbeláez, actor: Carlos Chacon Escobar, expediente n° 1061, A.C.E., Tomo LXXXV, n° 439-440, p. 387.

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 3 de marzo de 1975, Ponente: Carlos Portocarrero Mutis, actor: Soc. Afrocarga Ltda., expediente n° 1389, A.C.E., Tomo LXXXVIII, n° 445-446, p. 315.

⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, 19 de mayo de 1975, Ponente: Oswaldo Abella Noguera, actora: Rosaura Acevedo vda. de Patio, expediente n° 1507, A.C.E., Tomo LXXXIX, n° 447-448, p. 413.

⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera, 31 de julio de 1976, Ponente: Alfonso Castilla Saiz, actor: sociedad Samper Moscoso y cia. Ltda., expediente n° 1808, A.C.E., Tomo XC, n° 449-450, p. 415.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de octubre de 1977, Ponente: Jorge Valencia Arango, actor: Sociedad Constructora Hispano Colombiano de Maquinaria Ltda..

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, 7 de diciembre de 1977, Ponente: Carlos Portocarrero, actor: Flota La Macarena, expediente n° 1564, A.C.E., Tomo XCIII, n° 455-456, p. 605.

⁴⁶ Dentro de los innumerables casos que por mala fortuna se pueden citar en nuestro país: Consejo de Estado, Sección Tercera, 29 de abril de 1980, Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, actor: Maryluz Arias de Anaya, expediente n° 2458, A.C.E., Tomo XCVIII, n° 465, p. 421.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, 20 de junio de 1980, Ponente: Jorge Dangond Florez, actor: Gustavo Alfonso Figueroa, expediente n° 2342, A.C.E., Tomo XCVIII, n° 465, p. 437.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, 19 de septiembre de 1980, actor: Carlos Betancur Jaramillo, actor: Misael Ruiz, expediente n° 2415, Tomo 45 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 448.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 17 de febrero de 1983, Ponente: Eduardo Suescún, actor: Pompilio Rengifo, A.C.E., Tomo CIV, n° 477, p. 590.

accidente de avión que no gozaba de buen mantenimiento,⁵⁰ perjuicios originados a un importador por una denuncia temeraria de contrabando,⁵¹ perjuicios ocasionados a estudiante por el retardo injustificado en otorgarle su grado,⁵² muerte originada en la omisión del Estado en proteger la vida,⁵³ perjuicios originados por tortura,⁵⁴ muerte y lesiones en espectáculo público de "corralejas" por la caída de tribunas,⁵⁵ captura ilegal de ciudadano por parte de organismos de inteligencia,⁵⁶ etcétera.

Como se observa con los ejemplos citados, la jurisprudencia del Consejo de Estado consolida y extiende la noción de falla del servicio a todos los servicios públicos administrativos, sin que se encuentren antecedentes en materia de error judicial o de responsabilidad del Estado-Legislator. Se avanza pues en la cobertura de la responsabilidad, aunque la falla del servicio continua siendo el fundamento principal de la responsabilidad, y en la práctica casi que el único.

Si bien el campo del actuar administrativo que puede ser condenado por falla del servicio se amplía, se observa que la exigencia para que se presente la falla es en ocasiones muy alta, lo cual hace que no proceda la indemnización. En efecto, en más de una ocasión, la falta de la prueba sobre las circunstancias exactas de modo, tiempo y lugar en la que ocurren los hechos, genera el rechazo de las súplicas de la demanda. Es así como, a guisa de ejemplo, no se declara la responsabilidad por la muerte de un estudiante de una escuela pública, que sube a un muro para que le tomen una foto,⁵⁷ o por la muerte de un ciudadano por electrocución con cuerdas eléctricas, ya que "ha debido demostrarse la falla del servicio de la empresa demandada, consistente ésta en el descuido, abandono o mala conservación de ellas, lo que no fue demostrado",⁵⁸ o por muerte de guarda con arma de dotación oficial a pesar de que se supiera que fue en la prisión por un guardián compañero, pues "no pudieron determinarse las circunstancias reales de la ocurrencia de los hechos",⁵⁹ o por la muerte de un enfermo en una ambulancia oficial, pues "tenía la parte actora que haber demostrado que el volcamiento se debió a culpa del conductor oficial (impericia, falta de cuidado, exceso de veloci-

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 13 de diciembre de 1983, Ponente: Enrique Low Murtra, actor: Martha Lucía Arango vda. de Díaz, A.C.E., Tomo CV, n° 479, p. 926.

⁵¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 20 de marzo de 1984, Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, actor: Octavio Correa, Tomo 51 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 128.

⁵² Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de mayo de 1985, Ponente: Julio César Uribe Acosta, actor: Rubén Darío Cardona, A.C.E., Tomo CVIII, n° 485, p. 521.

⁵³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 15 de septiembre de 1986, actora: Ligia Calderón de Córdoba, expediente 029, Tomo copiadore SP-S1, sentencias 934-978, n° 0942, n° 156.

⁵⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 16 de diciembre de 1987, Ponente: Gaspar Caballero, actora: Olga López de Roldán, Tomo SP-S2, sentencia 001.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, 25 de abril de 1988, actor: Jaime Arturo Bertel y otros, Tomo 86 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 12.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de marzo de 1990, Ponente: Antonio José de Irisarri Restrepo, colaboró: Juan Carlos Henao Pérez, actor: Luis Alberto Cifuentes Lindarte, Tomo 114 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 114.

⁵⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, 9 de septiembre de 1982, Ponente: Jorge Dangond Flores, actor: Prudencio Cadena y otros, Tomo 44 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 131.

⁵⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, 11 de octubre de 1982, Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, actor: Segundo Gallo, Tomo 44 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 260.

⁵⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 21 de octubre de 1982, Ponente: Jorge Dangond Flores, actor: Gloria Elena Rojas, Tomo 44 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 413.

dad) o a falta de mantenimiento del vehículo,⁶⁰ o, para no fatigar con los ejemplos, por la muerte de un paciente intervenido quirúrgicamente, porque "no puede perderse de vista que la prueba, en tratándose de responsabilidad médica, es particularmente exigente, pues los profesionales de la medicina no contraen obligaciones de resultado sino de medio, lo que se traduce en que quien alega la falla necesariamente debe probarla, pues no está amparado por ninguna presunción a su favor".⁶¹

La solución que se daba entonces en los ejemplos anteriores, generó una reacción de la jurisprudencia que buscaba solucionar de manera diferente dichos litigios. Es así como en importante sentencia del 20 de febrero de 1989,⁶² se inicia la consolidación, en la jurisprudencia del Consejo de Estado, de la falla presunta del servicio, indicándose así "que el actor sólo debe acreditar que ha sufrido un perjuicio indemnizable y la existencia de una relación causal con el hecho causante del perjuicio". Se retoma en este aspecto, desde la perspectiva iuspublicista, lo que ya había hecho la Corte Suprema en los años 30. A la entidad demandada queda la posibilidad de exonerarse de toda responsabilidad probando que aunque el perjuicio fue causado por un acto o hecho a ella imputable, obró de tal manera prudente, con tal diligencia, que su actuación no puede calificarse como omisiva, imprudente o negligente en forma tal que dé lugar a comprometer su responsabilidad. Como se observa, con tal enunciado la solución de los litigios variaría radicalmente. Es así como, en otra importante sentencia sobre el punto, del 31 de julio de 1989, se aplica como posición de principio la falla presunta del servicio para los perjuicios ocasionados con arma de dotación oficial. El cambio era trascendental en la medida en que tales perjuicios eran los que generaban de lejos el mayor número de litigios ante la jurisdicción. En dicha sentencia se afirmó, que "la aplicación de la regla actori incumbit probatio se atenúa respecto a la falla del servicio. Es decir, no se dispensa de toda prueba al demandante, sino que el onus probandi no cubre la prueba de la falla del servicio, aunque sí la del hecho causante del daño y su relación con el mismo", y que "el perjuicio causado con arma de dotación oficial hace presumir la falla del servicio... que puede ser desvirtuada por la administración... demostrando la ausencia de falla".⁶³ Como punto importante de esta construcción jurisprudencial se dijo que el caso fortuito, entendido "en su concepción moderna iusadministrativista de causa desconocida, no exonera a la administración frente a este tipo de perjuicios", porque en el evento de presentarse "es a la administración a quien corresponde resarcir el perjuicio, habida consideración de que no puede desvirtuar la presunción que sobre ella pesa". Idéntica concepción se aplicó para los perjuicios ocasionados con vehículos oficiales.⁶⁴ También ha tenido dicha teoría

⁶⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, 21 de octubre de 1982, Ponente: Jorge Dangond Flores, actor: Gloria Elena Rojas, Tomo 44 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 413.

⁶¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de diciembre de 1984, Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, actor: José Levy Quintero y otros, Tomo 56 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 302.

⁶² Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de agosto de 1987, Ponente: Julio César Uribe Acosta, actor: Gilma Lizarazo de Ramirez, Tomo 77 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 143.

⁶³ Vgr nota 70 *infra*.

⁶⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, 31 de julio de 1989, Ponente: Antonio José de Irisarri Restrepo, proyectó: Juan Carlos Henao Pérez, actor: Jorge Arturo Herrera Velázquez, Tomo 104 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 276.

⁶⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, 19 de diciembre de 1989, Ponente: Antonio José de Irisarri Restrepo, colaboró: Juan Carlos Henao Pérez, actor: Rosa Helena Franco vda. de Bernal, Tomo 112 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 212.

trascendentales pronunciamientos en materia de responsabilidad médica.⁶⁵

La anterior posición jurisprudencial fue de inmediato aplicada por todos los tribunales del país, y se constituyó en un avance notorio que permitía la condena al Estado, basándose de todas formas en la falla del servicio, aunque en su versión presunta.⁶⁶

Se amplía así la solución de los litigios de responsabilidad del Estado, aunque queda por estudiar si en este período el juez administrativo acepta otras fundamentaciones de la responsabilidad del Estado.

En sentencia del 28 de octubre de 1976, que merece especial estudio en cuanto trae un capítulo especial dedicado "al estado actual de la jurisprudencia", expresamente se anota que "precisa concluir que el Consejo de Estado no ha reconocido la responsabilidad por riesgo y que cuando tangencialmente hace relación a tal figura, lo hace para relieves o destacar una falla o falta del servicio".⁶⁷ Quiérase o no, la anterior afirmación es cierta, ya que tuvo que esperarse a 1984 para que se aceptara claramente la responsabilidad por riesgo excepcional.⁶⁸ En dos sentencias con ponencia del exconsejero Eduardo Suescún, se sentaron las bases de la aplicación de dicha teoría: "pero el que no haya existido falta no puede llevar al extremo de dejar sin reparación el perjuicio causado, como lo hizo la sentencia apelada. Si ocurrió el perjuicio y si está establecido, además, que su causa directa fue la caída de un cable de energía de la administración, ésta debe responder... el caso en estudio corresponde precisamente a uno de los varios eventos que comprende la responsabilidad sin falta, el denominado por algunos expositores riesgo excepcional. Tiene ocurrencia cuando el Estado, en desarrollo de una obra de servicio público utiliza recursos o medios que colocan a los particulares o a sus bienes en situación de quedar expuesto a 'un riesgo de naturaleza excepcional' (de Laubadère) el cual, dada su gravedad, excede las cargas que normalmente deben soportar los mismos particulares como contrapartida de las ventajas que resultan de la existencia de ese servicio público. Si el riesgo llega a realizarse y ocasiona un daño, sin culpa de la víctima, hay lugar a responsabilidad de la

⁶⁵ Entre otras, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de julio de 1992, Ponente: Daniel Suárez Hernández, expediente n° 6897, actor: Gustavo Eduardo Ramírez; 20 de agosto de 1992, Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, expediente n° 6754, actor: Henry Enrique Salazar y otros.

⁶⁶ La sentencia fue infirmada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, del mismo Consejo de Estado, el 14 de febrero de 1995 (Ponente: Consuelo Sarria Olcos, actor: Jorge Arturo Herrera Velásquez, expediente S-123), basándose básicamente, en mi modo de ver y en el de los varios salvamentos de voto, en una errada interpretación del principio *iura novit curia*.

⁶⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, 28 de octubre de 1976, Consejero Ponente: Jorge Valencia Arango, expediente n 1482, actor:

Banco Bnanero del Magdalena, A.C.E., Tomo XCI, p. 615. En relación

con la evolución de la jurisprudencia sobre la materia por parte de la Corte Suprema ver sentencia de junio 30, 1962, publicada en Diario Jurídico, Año X, Vol. XII, p. 337.

⁶⁸ En mi conocimiento sólo existe un antecedente de la jurisdicción que se refiere a la posible aplicación de la responsabilidad por riesgo excepcional: "es cierto que los sostenedores de la teoría de los riesgos rechazan la exigencia de la prueba de la culpa como elemento esencial para decretar la reparación del daño; pero aun así, admiten que para tener derecho a la indemnización, es menester que judicialmente se establezca que el demandado creó el riesgo que ocasionó el daño y que se encuentra en los casos en que, según esta teoría, el riesgo genera la responsabilidad civil. No habiendo demostrado judicialmente esta circunstancia, la idea de indemnización debe rechazarse". Consejo de Estado, 23 de junio de 1939, Ponente: Tulio Enrique Tascón, A.C.E., Tomo XXXVII, n° 278-280, p. 249. Aún más, en sentencia del Consejo de Estado del 19 de octubre de 1948, claramente se afirmaba: "el riesgo social, que responsabiliza al Estado por los daños y riesgos resultantes de la vida en sociedad, no lo reconoce la legislación nacional como norma positiva de derecho, lo que patentiza que la jurisdicción de lo contencioso-administrativo es incompetente para conocer de las indemnizaciones suplicadas por esta causa". Sala Unifaria del Consejero Pedro Gómez Parra, A.C.E., Tomo LVII, n° 362, p. 320.

administración, así no haya habido falta o falla del servicio".⁶⁹ Sin embargo, dicha teoría fue aceptada con cierto temor, lo cual permitió que dos Consejeros de Estado aclararan su voto afirmando, luego de recordar que el caso hubiere sido posible solucionarlo con sustento en la falla del servicio, que "el riesgo excepcional debe tener un manejo jurisprudencial demasiado restringido... porque si se generaliza, se corre el peligro de la implantación exagerada e inconveniente en situaciones que llevaría a la administración a responder de todo, o mejor, de casi todo, con los peligros de su adopción desmedida".⁷⁰ De todas formas, en esta etapa dicha teoría se inaugura y se consolida en el derecho administrativo colombiano,⁷¹ debiéndose anotar sí, que su aplicación no fue tan generalizada como se pretende, puesto que los pocos eventos reseñados se limitaron a los perjuicios ocasionados con cables eléctricos.

Si dicha aplicación excepcional se puede predicar de la teoría del riesgo, igual sucede con la aplicación del daño especial, por fuera de la teoría de trabajos públicos o de la expropiación. Pasaron más de 25 años, después de la sentencia relacionada con la sociedad "El Siglo S.A.",⁷² para que la noción del daño especial fuera nuevamente utilizada, extendiéndola a situaciones que anteriormente no cobijaba.

La teoría vuelve a ser sustento de un fallo en 1973, a raíz de la captura del conocido bandolero Efraín González, en la cual el ejército semidestruyó un inmueble en donde se emparapetó el perseguido.⁷³ Se expresó claramente en la sentencia: "...la acción armada ejercida para capturar a Efraín González en cumplimiento de una orden judicial expedida por funcionario competente no constituye falla del servicio y fue, por lo mismo, legítima, pero ella causó un perjuicio económico a un tercero ajeno a esos hechos, consistente en la destrucción de una casa propiedad de ese tercero, razón por la cual al Estado le corresponde indemnizar el perjuicio causado, lo que equivale a hacer una equitativa distribución de las cargas públicas entre todos los contribuyentes, desde luego que tal indemnización deberá hacerse con cargo al presupuesto de la Nación". Esta idea de indemnizar apoyándose en la teoría del daño especial cuando la autoridad cumple legalmente con el deber de controlar el orden público, se reitera en fallo del 25 de septiembre de 1987, en el cual es indemnizado el propietario de un camión que requiere el ejército para perseguir una columna guerrillera y que fue dinamitado al pasar por un puente, puesto que aunque no se dio la expropiación por hecho de guerra, "sí se configuró en el evento subjudice el rompimiento del principio de

⁶⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 2 de febrero de 1984, Ponente: Eduardo Suescún, actor: Enrique Mejía Ruiz, expediente n° 2744, A.C.E., Tomo CVI, n° 481, p. 540. En similar sentido, véase sentencia del mismo Ponente: 8 de marzo de 1984, actor: Gilberto Díaz Vélez, expediente n° 2846, A.C.E., Tomo CVI, n° 481, p. 545.

⁷⁰ Aclaración de voto de los Consejeros Betancur Jaramillo y Bonivento Fernández, a la sentencia precitada del 8 de marzo de 1984.

⁷¹ Ver por ejemplo: Consejo de Estado, Sección Tercera, 20 de febrero de 1989, Ponente: de Irisarri Restrepo, actor: Alfonso Sierra Velázquez, expediente n° 4555, Tomo Copiador S2-S3, sentencia 179-226, n° 000219; 22 de agosto de 1989, Ponente: de Irisarri Restrepo, colaboro: Henao Pérez, actor: Daniel Pira Amaya, expediente n° 5408, Tomo 105 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 418; 22 de febrero de 1990, Ponente: de Irisarri Restrepo, colaboro: Henao Pérez, Tomo 113 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 132.

Ver nota 32 *ut supra*.

⁷² Consejo de Estado, Sección Tercera, 23 de mayo de 1973, expediente n° 973, Ponente: Alfonso Castilla Saiz, actor: Vitalia Duarte vda. De Pinilla, A.C.E., Tomo LXXXIV, n° 437-438, p. 284.

⁷³ Consejo de Estado, Sección Tercera, 25 de septiembre de 1987, Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, actor: Hilario López, Tomo 78 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 317.

la igualdad frente a las cargas públicas".⁷⁴ Igual ocurre en un proporcional operativo antisequestro que produce daños a un inmueble, ya que en este caso "se le está imponiendo a éste una carga especial que no tiene por qué sufrir aisladamente",⁷⁵ o en un operativo de captura en el que muere un tercero ajeno al mismo,⁷⁶ o aun, en los eventos en los cuales las fuerzas del orden son atacadas por guerrilleros o subversivos, y a raíz de dicho ataque muere un tercero.⁷⁷ De igual manera, aunque usando la tesis del daño especial como subsidiaria de la de la falla del servicio, se acepta que puede proceder en los eventos en los cuales el Estado legalmente se encuentra desbordado para hacer cumplir una orden judicial de desalojo.⁷⁸ También se acepta en la hipótesis en la que con la construcción de una vía pública se desvalorice los inmuebles vecinos, porque se le ha "impuesto a los demandantes"⁷⁹ una carga especial en beneficio de la comunidad"⁸⁰ o, en general, se les ha impuesto una carga anormal de vecindario.⁸¹ Aceptada pues la teoría del daño especial, el mismo Consejo de Estado se encarga de imponer sus límites, cuando, frente a un caso en el que se demandaba por una supuesta omisión en la reglamentación de normas arancelarias, rechazó las pretensiones de la demanda al expresar que "el arancel o cualquier tributo se modifica mediante actos reglas para todas aquellas personas que estén en las mismas condiciones. Son las cargas inherentes por vivir en sociedad".⁸¹

En esta etapa, como se ha observado, la noción de falla del servicio se decanta, se extiende y se complementa con la presunción de falla del servicio. Se acepta por vez primera la solución de litigios con base en la teoría del riesgo, y, se amplía la cobertura de la teoría del daño especial. Es el aporte que hace la jurisprudencia administrativista, que de esta manera se aleja cronológica y conceptualmente de la falla del servicio como fundamento único de la responsabilidad del Estado. En este período la discusión acerca del rol único o no de la culpa para sustentar la responsabilidad, por fuera de los casos de responsabilidad sin culpa que expresamente previera de antaño el ordenamiento legal, es superada. Ello significa que la discusión del fundamento general de la responsabilidad vuelve a la orden del día, en la medida en que por fuera de disposiciones legales expresas, el juez encuentra en normas generales del derecho justificaciones diferentes a la falla del servicio para efectos de declarar la responsabilidad.

⁷⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, 25 de septiembre de 1987, Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, actor: Hilario López, Tomo 78 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 317.

⁷⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, 28 de julio de 1987, Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, actor: Tiberio Restrepo Alvarez y otros, Tomo 76 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 357.

⁷⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, 17 de julio de 1990, Ponente: Gustavo de Greiff Restrepo, actor: Luz Marina Gutiérrez Bedoya y otra, Tomo 118 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 271. Ver en similar sentido: 17 de octubre de 1990, Ponente: Gustavo de Greiff Restrepo, actor: Blanca Sofía Acevedo, expediente n° 6138, Tomo 123 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 110.; 20 de noviembre de 1990, Ponente: Julio César Uribe Acosta, actor: Deodóles Basto Sánchez, expediente n° 6238, Tomo 126 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 200.

⁷⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, 22 de noviembre de 1992, Ponente: Julio César Uribe Acosta, actor: Dorotea Villamizar y otros, expediente n° 6171, Tomo 126 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 60.

⁷⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, 8 de febrero de 1985, Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, actor: Pedro Bernal Escobar, Tomo 57 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 56.

⁷⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de enero de 1987, actor: Bertha María Martínez Zamudio, expediente n° 4493, Tomo 70 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 222. Situación solucionada de manera reiterada en caso de desarrollo de plan vial: 22 de noviembre de 1990, Ponente: Julio César Uribe Acosta, actor: Elida Guerrero y otros, expediente n° 6203, tmo 126 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 77.

⁸⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, 14 de diciembre de 1990, Ponente: Julio Cesar Uribe Acosta, expediente n° 6272, Tomo 127 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 237.

⁸¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de septiembre de 1983, Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, actor: Hojalata y Laminados S. A., Tomo 49 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 127.

Se llega así a la segunda parte de este escrito, que se une tanto cronológica como conceptualmente con la primera. En efecto, ya en 1991 el juez administrativo había desarrollado los diversos regímenes de responsabilidad existentes en la doctrina y en el derecho comparado, lo cual significa que, cronológicamente, a partir de 1991 el juez tendrá que sustentar si la reforma introducida por el artículo 90 de la Constitución, significó o no un cambio conceptual del tema en estudio.

Segunda parte. El significado de la aparición de la noción de daño antijurídico en la Constitución de 1991⁸²

En esta parte nos concentraremos a estudiar si la noción de daño antijurídico, que se convierte en el fundamento Constitucional de la responsabilidad del Estado, tanto contractual como extracontractual,⁸³ supuso o no un cambio en la evolución de la jurisprudencia de la que se ha dado cuenta.

El punto es de importancia, en la medida en que podría pensarse que la fórmula Constitucional supuso un cambio radical en la naturaleza de la responsabilidad, al punto de haberla tornado objetiva, suponiendo entonces que no pueden existir eventos en los cuales, al faltar la acreditación de la falla del servicio, la responsabilidad sea improcedente. Es una hipótesis importante para constatar, pues de ella dependerá la naturaleza misma de la responsabilidad extracontractual del Estado.

El fundamento, anteriormente sustentado por la jurisprudencia en el artículo 16 de la Constitución de 1886, que corresponde básicamente al inciso segundo del actual artículo segundo de la Constitución, es ahora contundente a raíz del nuevo ordenamiento que por primera vez trae una norma explícita en este sentido: el Estado debe reparar los daños antijurídicos que le sean imputables. La noción de daño antijurídico se convierte así en la clave para comprender los perjuicios que debe indemnizar el Estado cuando le sean imputables.

Si bien la idea genérica del texto fundamental es en apariencia clara, la noción misma de daño antijurídico se muestra vaga e imprecisa, y sus alcances están aún por ser determinados, a pesar de los importantes avances que ha realizado la jurisprudencia. Es por ello que no sobra buscar sus orígenes, estudiando en primer término los antecedentes en la Asamblea Nacional Constituyente (II.A.), luego en la doctrina (II.B.), para que a partir del estudio de los pronunciamientos jurisprudenciales se puedan sacar conclusiones sobre la forma como opera dicha responsabilidad a partir de la Constitución de 1991 (III.A.).

⁸² Ver nota 2 *ut supra*.

⁸³ Afirma la sentencia del 8 de mayo de 1995, con ponencia del Consejero Juan de Dios Montes Hernández, en el expediente n° 8118 que "esa laboriosa construcción jurisprudencial permitió, al cabo de muchos años, la consagración de un principio Constitucional constitutivo de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, tanto de naturaleza contractual como la extracontracto".

II.A. Antecedentes en la Asamblea Nacional Constituyente

Si bien se falsea un tanto la historia cuando se trata de otorgar paternidad a un artículo decretado por una Asamblea Nacional Constituyente, no es difícil, recurriendo a sus antecedentes, observar que el actual artículo 90 de nuestra Constitución se debe principalmente a la pluma del profesor Juan Carlos Esguerra Portocarrero.⁸⁴ Como se verá, de los múltiples proyectos que hubo en relación con el tema, aquel que de mayor manera influyó en el actual texto fue el del citado profesor, quien por lo demás redactó las ponencias que sobre el punto se presentaron al interior de la Asamblea Constituyente.

En mi conocimiento existieron veintiséis proyectos sobre la responsabilidad del Estado y/o del funcionario, que serían deleite para un Constitucionalista; sin embargo, no todos deben ser tenidos en cuenta para efectos de buscar la génesis del actual artículo 90 de la Constitución, pues muchos de ellos se referían al principio según el cual los particulares sólo son responsables por infringir la Constitución y las leyes mientras los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (principio que quedó consagrado en el art. 6º. de la Constitución) y al que establece que el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta, cuando haya infracción manifiesta de un precepto constitucional (principio que quedó consagrado en el art. 91 de la Carta). Otros hacían énfasis en formas específicas de responsabilidad estatal, por error judicial o en materia contractual o de seguridad social, sin que supusieran una concepción contextual del tema, por lo que el examen de los debates que sobre ellos se adelantaron nos sirvan en el camino de la investigación que nos hemos propuesto.

Así las cosas, es en los proyectos restantes en donde se debe buscar la génesis del actual artículo sobre responsabilidad del Estado. Sin embargo, una distinción se impone al interior de este grupo, puesto que no todos estos proyectos venían enfocados hacia el texto que definitivamente quedó en el artículo 90 de la Constitución. Primero, porque algunos someten a la ley la determinación de la responsabilidad del Estado y/o de los funcionarios,⁸⁵ haciendo énfasis en la responsabilidad de estos últimos. Segundo, porque hay otros que, continuando con la prioridad de dejar plasma-

⁸⁴Deseo dejar constancia del agradecimiento que tengo con el doctor Juan Carlos Esguerra, quien con gran generosidad puso a mi disposición todo su conocimiento sobre la historia del artículo 90 de la Constitución al interior de la Asamblea Nacional Constituyente.

⁸⁵Son los casos por ejemplo de los proyectos 2, 52, 103, 125 y 126. El primero de ellos, del Gobierno Nacional, decía: "las leyes determinarán la responsabilidad de los funcionarios públicos que atenten contra los derechos garantizados en la Constitución así como la de los órganos estatales a los cuales estuvieren vinculados". El 52, de Miguel Santamaría Dávila, expresaba: "Responsabilidad por los atentados contra los derechos del título III. Las leyes determinarán la responsabilidad imprescriptible de los funcionarios públicos que atenten contra el libre ejercicio de los derechos y garantías que esta Constitución consagra. Las indemnizaciones que por esta causa decretare la autoridad pertinente, serán de cargo del funcionario y, subsidiariamente, de la Nación". El 103, de Gustavo Zafra Roldán: "Las leyes determinarán la responsabilidad de los funcionarios públicos que atenten contra los derechos garantizados en la Constitución, así como la de los órganos estatales a los cuales estuvieren vinculados". El 125, de Fernando Carrillo Flórez, expresa en lo pertinente: "El Estado Colombiano se halla especialmente obligado a garantizar los derechos consagrados en el Título Segundo de la presente Constitución Política, correspondiendo a la ley la determinación de la responsabilidad a la cual quedan sometidos las autoridades y los particulares que contra tales derechos atenten". El 126, de Antonio Galán Sarmiento, informe en concreto: "Las leyes determinarán la responsabilidad de los funcionarios públicos que atenten contra los derechos garantizados en la Constitución así como la de los órganos estatales a los cuales estuvieren vinculados".

da en la Constitución la responsabilidad de los servidores públicos, se limitan a ella.⁸⁶

Con base en lo anterior, se puede entonces afirmar que los proyectos que se enfocaron desde un principio al texto Constitucional vigente, fueron el 9 de Juan Gómez Martínez,⁸⁷ el 72 de Juan Carlos Esguerra Portocarrero,⁸⁸ el 111 de Helena Herrán de Montoya⁸⁹ y el 122 de José Matías Ortiz,⁹⁰ puesto que todos ellos, con algunas diferencias por supuesto, apuntaban a una norma sobre responsabilidad estatal que manejara una definición contextual de la misma. Como se puede observar en sus textos, es claro que el proyecto del constituyente Esguerra fue desde un inicio aquel que guardó mayor relación con el actual artículo.

Fue con base en los anteriores proyectos con los cuales la Asamblea Nacional Constituyente inició el estudio del tema en cuestión. Los proyectos reseñados tuvieron un recorrido de debates y ponencias al interior de la Asamblea. En una primera etapa, una Subcomisión de la Comisión Primera, con ponencia del constituyente Esguerra, presentó una propuesta integral de articulado y en el informe que rindió, en la parte que hace referencia a la "responsabilidad de las autoridades públicas y del Estado",⁹¹ expresó:

"Nuestro actual sistema consagra de manera expresa apenas la responsabilidad penal y disciplinaria de los funcionarios, pero omite toda referencia a la responsabilidad de tipo patrimonial y, sobre todo, a la responsabilidad directa y objetiva del Estado. La experiencia ha demostrado la inaplazable necesidad de definir concretamente todos estos tipos de responsabilidad y de señalar de manera clara que la de carácter patrimonial corresponde solidariamente al órgano y al funcionario. La verdad es que este cúmulo de responsabilidades constituye un esencial mecanismo de protección de los derechos particulares frente a la conducta de aquellas autoridades que yerran en el cumplimiento de las normas, que se abstienen de cumplir con

⁸⁶ Es el caso del proyecto 128 de Iván Marulanda Gómez, que expresaba: "Siempre que el Estado sea condenado a pagar una indemnización por un acto o un hecho manifiestamente irregular de un empleado oficial, deberá repetirse contra el patrimonio de este último, además de inhabilitarlo para el desempeño de otros cargos públicos, ejercicio de la profesión u oficio, como lo dispone la ley".

⁸⁷ Decía en lo concerniente al punto estudiado: "El Estado responderá patrimonialmente por todos los daños y perjuicios morales y materiales que ocasionare a los particulares por su acción u omisión... Se podrá demandar indistintamente al Estado o al funcionario. Cuando el Estado indemnice por responsabilidad de un funcionario, el Estado se subrogará contra éste".

⁸⁸ Decía el mencionado proyecto: "Tanto el Estado como los funcionarios públicos y los particulares que cumplan funciones públicas o presten servicios públicos, serán responsables de los daños injurídicos que, por acción u omisión, causen con ocasión o con pretexto de sus tareas".

⁸⁹ Afirmaba su texto: "El Estado es responsable por los daños causados en ejecución de los servicios y las funciones a su cargo, y repetirá contra los funcionarios en la medida en que a éstos sean imputables los daños".

⁹⁰ Cuyo tenor era el siguiente: "Las autoridades deberán indemnizar a los particulares todo perjuicio ocasionado por la violación de alguno de sus derechos fundamentales o por la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas, sin perjuicio de que puedan repetir lo pagado contra el funcionario responsable".

⁹¹ Dicho informe-ponencia puede ser consultado en la página 12 de la Gaceta Constitucional n° 56 del lunes 22 de abril de 1991. El artículo sugerido, que transcribo integralmente, recoge varios temas, precisamente por la influencia que tuvo de todos los proyectos que se han transcrito, y por la idea de síntesis de los mismos. En lo que toca a la responsabilidad patrimonial del Estado, el texto actual es prácticamente idéntico a este primer boceto: "La responsabilidad de las autoridades públicas y del Estado. Artículo. Las autoridades públicas serán responsables por infracción de la Constitución y de las leyes y por extralimitación u omisión en el ejercicio de sus funciones. Cualquier persona podrá solicitar de la autoridad competente la aplicación de las correspondientes sanciones penales o disciplinarias. Cuando sea procedente, también podrá demandar ante el juez competente que se ordene a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. La demanda podrá dirigirse indistintamente, contra el Estado, la autoridad pública o uno y otra. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños que haya sido consecuencia de la conducta culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste" (subrayas fuera de texto).

sus obligaciones o que, al cumplirlas, simplemente causan daños que los asociados no tienen porqué padecer.

Por otra parte, conviene señalar que el régimen que se propone en materia de responsabilidad patrimonial del Estado no se limita a su mera consagración expresa a nivel Constitucional, sino que, además, incorpora los más modernos criterios sobre la materia, consistentes en radicar el fundamento de esa responsabilidad en el daño antijurídico y en su imputabilidad al órgano estatal. De esta manera se resuelve el problema que hoy ya plantea la evidente insuficiencia de la llamada 'falla del servicio público', dentro del cual no caben todas las actuales formas y casos de responsabilidad patrimonial, tales como el de la 'responsabilidad por daño especial'. En otras palabras, se desplaza el soporte de la responsabilidad administrativa, del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado al concepto objetivo de la antijuridicidad del daño producido por ella. Esta antijuridicidad habrá de predicarse cuando se cause un detrimento patrimonial que carezca de título jurídico válido y que exceda el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social.

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

Tal como se ha redactado el artículo, cabe perfectamente la posibilidad, hacia la cual claramente se está inclinando el derecho moderno, de extender el régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado a aquella que se deriva de los yerros de la administración de justicia y eventualmente en un futuro, también a la responsabilidad que pueda derivarse de la función legislativa. La instauración concreta de una y otra quedaría, como corresponde, en manos de la ley y la jurisprudencia.

Finalmente, he estimado de suma utilidad acoger dos planteamientos contenidos en algunos de los proyectos: el de que, para proteger a las víctimas, se les permita demandar indistintamente al Estado o a la autoridad pública involucrada; y el de que, para proteger el patrimonio público y combatir la indolencia personal del grueso de los funcionarios públicos, se le imponga al Estado el deber de repetir contra el funcionario culpable por las sumas por las que aquél hubiera sido condenado".⁹²

El texto y ponencia del delegatario Esguerra, que se acaban de transcribir, fueron sometidos a discusión en la Comisión Primera, el 6 de mayo de 1991, y fue acogido unánimemente por la Comisión. Sin embargo, en aras de ser fieles a la historia, se

⁹²Gaceta Constitucional n° 56 del lunes 22 de abril de 1991, p. 14.

pueden hacer anotaciones sobre algunos puntos de discusión que tuvo. En primer lugar, valga anotar que se votó el actual artículo 90 en forma independiente a los otros temas que contenía el proyecto. Es decir, adquirió autonomía la responsabilidad patrimonial del Estado, a pesar de que el constituyente Ramírez Ocampo, quien luego se plegó a la propuesta de Esguerra Portocarrero, sugiriera que se hiciera un texto que incluyera también la disciplinaria y la penal. En segundo término, se agregó que la repetición contra el funcionario sólo se podía dar en casos de culpa grave y/o dolo, gracias a que tanto el constituyente Ramírez como Pastrana Borrero, expresaron su inquietud sobre el temor que se pudiera generar en las personas para aceptar funciones públicas. En tercer lugar, se recordó que se trataba de desplazar "el centro de gravedad" de la responsabilidad hacia el daño antijurídico y no la falla del servicio, y se contempló "la solidaridad para que el particular afectado pueda demandar a la autoridad pública, o al Estado o a una y otro previéndose que si el Estado resulta condenado pueda repetir contra el funcionario público, lográndose así erradicar la irresponsabilidad", según lo anotaba el constituyente Esguerra. En cuarto lugar, como lo anota este último, se precisó, a diferencia del derecho español que en este punto se considera errático, que la imputación es a la acción u omisión de las "autoridades públicas", y no del "servicio público", cobijando el primer término también "a los particulares que ejercen funciones públicas".

Con la anterior aprobación y decantación en la Comisión, se prepara por parte de los constituyentes Esguerra y Jaime Arias López la ponencia para Primer Debate en la Plenaria,⁹³ que básicamente contiene los mismos elementos de la ya referida ponencia y texto que presentó el primero de ellos a la Comisión. Algunas anotaciones vale sin embargo plasmar. En primer lugar, "se decidió tratar aquí únicamente lo relativo a la responsabilidad patrimonial", "puesto que ya en el capítulo de los principios quedó establecido un régimen general de responsabilidad". En segundo lugar, se predica que existe daño antijurídico cuando "se cause un detrimento patrimonial que carezca de título jurídico válido y que exceda el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social", recordando así que "se desplaza el fundamento de la responsabilidad administrativa, del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado al concepto objetivo de la antijuridicidad producido por ella". En tercer lugar, se precisa "que se excluye la imputabilidad en los casos de fuerza mayor, hecho de un tercero, culpa concurrente de la víctima, o cuando el perjuicio no se produce como consecuencia o con ocasión de una actividad de servicio público". En cuarto lugar, "como criterio moralizador y de protección del patrimonio público, en los casos de dolo y culpa grave, se impone para el Estado el deber de repetir contra el funcionario los perjuicios que haya sido condenado a pagar", "sin pretender restringir la responsabilidad a aquellas personas vinculadas a la administración mediante un acto-condición".⁹⁴

⁹³ El texto del proyecto para debate en Plenaria es del siguiente tenor: "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. La demanda podrá dirigirse indistintamente, contra el Estado, el funcionario o uno y otro. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste".

⁹⁴ Gaceta Constitucional n° 77 del lunes 20 de mayo de 1991, página 9.

En Plenaria, el proyecto sufrió un primer debate con base en el texto y ponencia de que da cuenta el párrafo anterior, y fue aprobado tal cual como llegó, por unanimidad de 52 votos.

Para el segundo debate se comisionó al constituyente Augusto Ramírez Ocampo, como vocero de la comisión codificadora, para que presentara la ponencia, en la cual se recogen los elementos esenciales ya reseñados, y se recuerda que existe el deber de "reparar la lesión que sufre la víctima de un daño causado por su gestión (del Estado), porque ella no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo", lo cual "comprende las teorías desarrolladas por el Consejo de Estado sobre responsabilidad extracontractual por falta o falla del servicio, daño especial o riesgo".⁹⁵

El segundo debate se presentó el 29 de junio de 1991, y en él se aprobó por 45 votos el texto idéntico del proyecto que se había presentado por la Comisión a la Plenaria.

Sin embargo, debe anotarse que el texto que se transcribe como definitivo en la Gaceta Constitucional n° 114 y 116 omite la frase según la cual "la demanda podrá dirigirse indistintamente, contra el Estado, el funcionario o uno y otro", conservando sí idéntico el resto del texto. Esta discordancia del texto que actualmente aparece en la Constitución, con lo que realmente fue aprobado, llama indudablemente la atención. La omisión podría generar consecuencias teóricas, que ya se han discutido al interior de la Sección Tercera del Consejo de Estado, por ejemplo en la sentencia del 28 de octubre de 1993, con ponencia del Consejero Uribe Acosta y salvamento del doctor Montes Hernández.⁹⁶ El punto radica pues en determinar si la responsabilidad entre el Estado y su servidor es solidaria, o si la obligación es mancomunada o conjunta. A partir de esta omisión se entienden las palabras del Consejero Montes cuando afirma en su salvamento que "es cierto que los delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente... tuvieron en mente establecer la responsabilidad solidaria entre uno y otro; sin embargo, la asamblea no aceptó dicha propuesta".

La situación planteada por esa omisión, encuentra su explicación en una reforma de última hora de que da cuenta el archivo de la Presidencia de la República sobre la Asamblea Nacional Constituyente, pues en la transcripción de la sesión plenaria del 30 de junio se observa, sin que se cite el nombre del delegatario, que se solicita que se quite dicha frase "que no afecta en absoluto el sentido del artículo". Sobre el punto anotaba el delegatario: "me refiero a la frase que dice que la demanda podrá dirigirse indistintamente contra el Estado, el funcionario, o uno y otro, porque al decirse que la demanda podrá dirigirse directamente contra el funcionario, estamos estableciendo de manera directa una responsabilidad que en el régimen del servidor público es sólo subsidiaria, entonces simplemente, Señor Presidente, para que con el propósito de

⁹⁵ Gaceta Constitucional n° 112 del miércoles 3 de julio de 1991, páginas 7 y 8.

⁹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, 28 de octubre de 1993, Ponente: Dr. Uribe Acosta, actor: Wagner Fernando Terán Barona y otros, expediente n° 8043, demandado: Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte, con denuncia del pleito a Universidad y estudiante que luego de prácticas para un estudio de suelos deja hueco abierto al que cae un menor.

evitar esa contradicción entre dos esquemas de responsabilidad, consagrados ambos en la Constitución, se proceda a quitar esa última frase del primer inciso del artículo". Con dicha explicación -consta en el acta mencionada-, se decidió con 48 votos afirmativos quitar la frase, despejando así, por lo menos desde el ámbito histórico, la discusión planteada al interior de la Sección Tercera, al poder afirmarse que la responsabilidad entre el Estado y el funcionario no es solidaria.

Es pues esta la historia del actual texto del artículo 90, de la cual se pueden sacar varias conclusiones:

1a. El daño antijurídico se convirtió en el fundamento del deber reparatorio del Estado. Para efectos de la declaratoria de responsabilidad se exigió el fundamento (daño antijurídico) y la imputación al Estado (atribución del deber jurídico de indemnizarlo).

2a. El daño antijurídico se concibió en las distintas ponencias como aquel que causa un detrimento patrimonial que carece de título jurídico válido y que excede el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social. Es decir, no sólo se definió por la carencia de título en el deber de soportar el daño, sino porque éste excediera la carga normal que debe soportarse en sociedad. Se dejó abierta la discusión de si cualquier daño que careciera de título jurídico válido tendría que ser indemnizado, o si tan sólo debería serlo aquel que a mas de reunir el requisito anterior, supusiera una anormalidad y gravedad. El punto que queda pues a la interpretación, es el de determinar si los dos requisitos son acumulativos o alternativos.

3a. La noción de daño antijurídico supuso en el constituyente aceptar una naturaleza de tinte objetivo de la responsabilidad. Sin embargo, queda por determinar si existen eventos en los cuales ante la ausencia de falla del servicio, la responsabilidad debe no ser declarada. Es decir, queda por determinar si la naturaleza de tinte objetivo generó o no que el concepto de falla del servicio perdiera cualquier utilidad en el sistema construido sobre la responsabilidad extracontractual del Estado.

4a. En el pensamiento del Constituyente el desplazamiento del "centro de gravedad de la responsabilidad" hacia una noción de tinte objetivo, como es la de daño antijurídico, no supuso la muerte de la teoría de la falla del servicio ni de las otras teorías que jurisprudencialmente se habían elaborado.

5a. La noción de daño antijurídico hace pensar la extensión de la responsabilidad del Estado a los tres poderes que lo componen, y no sólo al ejecutivo. Es decir, bien se puede concebir la responsabilidad del Estado Legislador y del Judicial, como en efecto ya lo ha empezado a esbozar la jurisprudencia.

6a. La responsabilidad del Estado concebida en los términos anteriores no sólo no fue excluyente con la responsabilidad del servidor público, sino que se buscó armonizarla con las nociones de culpa grave y dolo que son las únicas que sirven de fundamento a

la responsabilidad de este último. No se quiere afirmar con lo anterior que la culpa grave o el dolo sean requisito de la responsabilidad del Estado, pero sí que una de las formas de expresarse el daño antijurídico es cuando los servidores públicos lo causan en ejercicio de sus funciones y con la cualificación anotada.

Con estas características generales que brotan del estudio histórico hasta ahora realizado, se debe pasar al estudio doctrinario de la noción de daño antijurídico, en aras de continuar reuniendo los elementos que permitan comprender cabalmente la noción, y poder estudiar analíticamente la jurisprudencia.

II.B. Antecedentes doctrinarios

Tal y como se desprende del acápite anterior, la noción de daño antijurídico, en el campo del derecho administrativo proviene básicamente del derecho español, al menos en lo que toca a su exposición moderna.⁹⁷

Las referencias que hacen las ponencias de la Asamblea Nacional Constituyente, coinciden con las apreciaciones que sobre el punto ha plasmado buena parte de la doctrina española. Es por ello que nos concentraremos a exponer lo que por tal se entiende en dicho país, no sin antes advertir que en mi conocimiento no existe un libro o ensayo específico que se dediquen al concepto.

El forjador de la noción es indiscutiblemente el profesor Eduardo García de Enterría, quien al interior de la comisión preparatoria de la Ley de Expropiación Forzosa, publicada el Boletín Oficial del Estado (Español) del día 17 de diciembre de 1954, influyó notoriamente en la concepción de su artículo 121.⁹⁸ En el libro que publicó sobre el tema, y que se aconseja como obra de obligatoria lectura, afirmaba el profesor español que "si la Ley ha eliminado la consideración de los elementos de ilicitud y culpa para construir la institución de la responsabilidad administrativa, sobre qué apoyar ésta? La misma Ley nos da un criterio: lesión. El giro de la teoría de la responsabilidad desde la perspectiva de la acción dañosa a la del daño en sí mismo queda cumplido".⁹⁹ En efecto, como el mismo autor lo enuncia, se desplaza la antijuridicidad del daño a un criterio objetivo entendido, no como la conducta subjetiva del agente (antijuridicidad subjetiva) sino como el perjuicio antijurídico en sí mismo (antijuridicidad objetiva), que es principio de garantía del patrimonio.

⁹⁷En lo que respecta a la concepción antigua vale la pena traer a colación las siguientes páginas de los hermanos Mazeaud en el capítulo sobre la "historia general de la responsabilidad civil", en donde se lee: "la ley Aquilia no exige todavía la culpa del autor del daño: se precisa tan sólo que exista *damnum injuria datum*, o sea, daño causado sin que la ley autorice a cometerlo; por ejemplo, un homicidio cometido sin haber sido agredido. Fueron tan sólo los jurisconsultos de fines de la República, entre otros QUINTO MUCIO ESCEVOLA, los que, por influencia de las ideas griegas' dedujeron la concepción, que se hizo famosa, de la culpa aquiliana: *impunitus est qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit* (Gayo, 3.211); 'La palabra injuria de convirtió en sinónimo de culpa'" (Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual; Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1977, Tomo 1°, volumen I, p. 43).

⁹⁸Afirmaba el artículo 121 de la ley del 17 de diciembre: "Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o (de) la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizable en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la administración pueda exigir de sus funcionarios por tal motivo".

⁹⁹García de Enterría, Eduardo. "Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa", Editorial Civitas S.A., Madrid, reimpresión de 1989.

Es así como, y ello es lo importante para nuestro país, se puede anotar que la noción de daño antijurídico proviene en el fondo de la noción española de lesión, que, como lo afirma el profesor García de Enterría, equivale a la de perjuicio antijurídico -"lesión sería el perjuicio antijurídico"- . Esta noción se diferencia de la de perjuicio a secas en tanto esta última es "puramente económica, material", mientras que la de lesión o perjuicio antijurídico "es ya un concepto jurídico". Daño antijurídico es por tanto equivalente a Perjuicio Antijurídico que a su vez es aplicación de la Teoría de la Lesión, como principio objetivo protector del patrimonio. Claro lo anterior, se debe anotar que la noción de "perjuicio antijurídico" la define el profesor como aquel "que el titular del patrimonio considerado no tiene el deber jurídico de soportarlo".

Para averiguar qué tipo de perjuicios debe soportar el titular del patrimonio, el doctrinante español afirma que "la calificación de un perjuicio en justo o injusto depende de la existencia o no de causas de justificación (civil) en la acción personal del sujeto a quien se impute tal perjuicio. La causa de justificación ha de ser expresa y concreta y consistirá siempre en un título que legitime el perjuicio contemplado: por ejemplo, la exacción de un impuesto, el cumplimiento de un contrato, una ejecución administrativa o procesal. Fuera de esta hipótesis, todo perjuicio o detrimento patrimonial imputable a un sujeto será una lesión, un perjuicio injusto". Sin embargo, el autor debe hacer de la noción de lesión o perjuicio antijurídico una noción instrumental, puesto que en su esquema de responsabilidad exige que para que ella se presente se requiere de un daño o lesión patrimonial -en el sentido material y económico ya referido- y que "su producción sea imputable en algún sentido a la administración".

Es así como dentro de las causas de imputación, es decir, "aquellas circunstancias en virtud de las cuales es posible establecer una relación entre el daño y el sujeto imputado que justifica atribuir a éste el deber de reparación que la antijuridicidad del daño impone", encuentra el autor cuatro formas. La primera, "la realización material directa y a la vez legítima del daño" -funcionamiento normal de los servicios públicos; la segunda, "la más habitual" según sus palabras, que "es la de la comisión material directa, pero ya no lícita, como en el supuesto anterior, sino ilícita por relación a la norma que preside la realización del servicio" -funcionamiento anormal de los servicios públicos-; la tercera, "la del riesgo creado por la administración" que consiste "en atribuir jurídicamente la reparación de un daño fortuito, por la razón (causa de imputación) de que ese caso fortuito se ha producido por actualización de los riesgos creados en interés -no necesariamente económico- de su empresa por la persona a quien se declara responsable" y, la última, dada por "el enriquecimiento sin causa a favor de la administración", en la cual "la imputación no se justifica aquí, como en los casos anteriores, por la relación material entre la producción del daño y la actividad del sujeto imputado, sino que se hace abstracción de estos dos factores y se atiende únicamente al beneficio resultante a dicho sujeto (o el perjuicio eliminado: *damnum cessans*) del hecho del daño (o de la actividad en donde se ha producido) acaecido al perjudicado".

Así las cosas, podemos observar que para el profesor García de Enterría la noción de

lesión o perjuicio antijurídico es de naturaleza objetiva, puesto que no supone el estudio de una antijuridicidad subjetiva, sino simplemente observar si el patrimonio lesionado tenía o no el deber jurídico de soportar el daño. Para saber si se debe o no soportar dicho daño, el intérprete debe buscar causas que justifiquen su producción - ley o causales exonerativas-. En caso de no encontrarlas el daño seguirá siendo antijurídico. Sin embargo, y es quizás el problema de la construcción teórica del tratadista español, el daño antijurídico en sí mismo no es fundamento de la reparación, puesto que por sí sólo no explica el deber de resarcir. Se debe recurrir obligatoriamente, como lo hemos visto, a la imputación que se presenta a través de cualquiera de las cuatro causas que ya hemos reseñado, confundiendo el fenómeno del fundamento con el de la imputación. A diferencia del derecho francés, el autor estudia la falla del servicio, la teoría del riesgo, el daño especial, etc., bajo el capítulo de imputación y no de fundamento. No se debe olvidar que mientras el fundamento responde a la pregunta de "porqué se debe responder", la imputación responde a la de "quién debe responder". Es así como la definición del profesor permite tan sólo afirmar que un patrimonio sufrió un daño no justificado por el ordenamiento jurídico, en la medida en que, como ya lo afirmaba la Ley Aquilia, "el daño sea causado sin que la ley autorice a cometerlo". Lo anterior significa entonces, para el profesor español, que la noción de funcionamiento normal o anormal del servicio público, de riesgo y de enriquecimiento sin justa causa, no pertenecen a la noción de daño antijurídico sino a la de imputación, perdiendo entonces riqueza la definición misma que da del daño antijurídico, porque en sí misma no alcanza a explicar porqué una persona tiene que reparar. El hecho de que el daño antijurídico adquiere relevancia tan sólo cuando se puede imputar al Estado a través de cualquiera de las cuatro causas de imputación existente, siendo la más común, según sus palabras, la del "funcionamiento anormal del servicio público" -para nosotros "falla del servicio"-, no sólo confunde respecto del fundamento, sino que hace entonces pensar que la naturaleza de la responsabilidad no es tan objetiva como se pretende, cuando se afirma que lo importante es la antijuridicidad objetiva. En efecto, si desde el ámbito del fundamento el profesor español defiende exclusivamente la "antijuridicidad objetiva", pero desde el de la imputación considera "el funcionamiento anormal del servicio público" como el de mayor ocurrencia, ¿qué relación genera entre los dos conceptos? ¿se requiere o no de la falla del servicio para efectos de declarar la responsabilidad? ¿la responsabilidad tiene solo una naturaleza objetiva? Estos interrogantes no son resueltos por el profesor español, quizás por la equivocación conceptual de estudiar el papel de la falla del servicio en el acápite de la imputación. No debe perderse de vista que quedando en claro la imputación, por ejemplo por un hecho omisivo en la protección de la vida, debe el juez obligatoriamente preguntarse si ese hecho podrá ser explicado como fundamento de la responsabilidad por expresar una falla del servicio o cualquier otro fundamento inmediato de la responsabilidad. La naturaleza puramente objetiva queda entonces cuestionada aun a partir de la concepción de quien con ahínco la defiende, además porque no se hace un estudio de si pueden o no existir casos en los cuales la ausencia de falla del servicio suponga que no se presenta un daño antijurídico.

La concepción anterior, planteada en el texto de la Ley de Expropiación Forzosa, fue ratificada por la Constitución Española de 1978, aunque con diferente redacción.¹⁰⁰ Las explicaciones que en efecto da el profesor García de Enterría sobre el texto constitucional, esta vez ya en su tratado, son reproducción básica de los comentarios que hiciera a la Ley de Expropiación Forzosa. Al respecto escribe:

"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, mas simplemente, porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo (antijuridicidad objetiva)", aclarando que las causas justificativas de la lesión "han de ser expresas para que puedan ser estimadas y deben consistir siempre en un título que determine o imponga como jurídicamente querido el perjuicio contemplado".¹⁰¹ Con base en lo anterior concluye afirmando que "el concepto técnico de lesión resarcible, a efectos de responsabilidad, requiere, pues, un perjuicio patrimonialmente evaluable, ausencia de causas de justificación, no en su comisión, sino en su producción respecto al titular del patrimonio contemplado, y, finalmente, posibilidad de imputación del mismo a tercera persona (en este caso a la Administración), puesto que si el perjuicio se imputase al mismo titular no habría antijuridicidad, porque nadie puede hacerse agravio jurídico a sí mismo, ni cabe imaginar tampoco un auto-deber de reparación, y si se imputase a una causa extraña o fuerza mayor, sobre faltar también la nota de antijuridicidad, no existiría un sujeto al que atribuir el deber de resarcimiento, que es la finalidad última de la institución".

De igual manera a como lo afirmaba en los comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa, se puede decir ahora que la noción de Lesión Indemnizable o Perjuicio Antijurídico es un extremo de la relación de responsabilidad, quedando el de la imputación del perjuicio, en el cual, como se ha anotado, de todas formas también se requiere de las teorías subjetivas que justifican la responsabilidad. Por lo anterior es oportuno afirmar con el profesor Leguina Villa que "aunque la antijuridicidad sea un elemento que caracteriza principalmente el daño en cuanto realidad objetiva que se exterioriza mediante su incidencia en la esfera jurídica del sujeto que lo padece, ... nos parece también correcto afirmar que, a fin de cuentas, dicha antijuridicidad objetiva se refleja directa o indirectamente, a través del ciclo de causación del hecho dañoso, en el comportamiento (o comportamientos) que lo ha provocado".¹⁰²

Estudiada pues la concepción de quien modernamente ha creado en derecho administrativo la noción de daño antijurídico, resta observar cómo la jurisprudencia colombiana ha ido decantando la noción.

¹⁰⁰ Dice el artículo 106.2 de la Constitución Española de 1978: "los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

¹⁰¹ García de Enterría Eduardo y, Fernández Tomás-Ramón. "Curso de Derecho Administrativo. II", ediciones Civitas, Madrid 1991, tercera edición, p. 367.

¹⁰² Leguina Villa, Jesús. "La responsabilidad civil de la administración pública", Editorial Tecnos, segunda edición, 1983, Madrid, p. 139.

II.C. Presentación analítica de la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano desde 1991

Estudiar ahora dicha jurisprudencia, en sus pronunciamientos más importantes, es de interés para observar cómo ha sido asimilada la noción de daño antijurídico que, como ha quedado visto, era absolutamente extraña a nuestro ordenamiento.

Para tal efecto se adopta la metodología de sacar conclusiones preliminares permitidas por el estudio previo de la jurisprudencia, para que, en términos de hipótesis, se constaten o no por el estudio realizado. Varios puntos se analizarán: en primer término, la influencia del profesor español Eduardo García de Enterría, quien guió en una primera época al Consejo de Estado y con quien se desechó la falla del servicio público como fundamento único de la responsabilidad; en segundo término, se estudiará la actual vigencia de los regímenes de responsabilidad que existían con anterioridad a la Constitución de 1991; en tercer término, se estudiará el papel exacto que juega la noción de falla del servicio. El estudio de los tres aspectos redundará en beneficio del cabal entendimiento de la responsabilidad del Estado con posterioridad a 1991, año en el cual se introdujo en Colombia la noción de daño antijurídico que indudablemente influyó sobre la jurisprudencia.

II.C.1. La influencia del profesor Eduardo García de Enterría y el desecho de la falla del servicio como fundamento único de la responsabilidad

La influencia del mencionado profesor es indudable, lo cual, naturalmente, producirá importantes consecuencias. Aún antes de la promulgación de la nueva Constitución, se encuentra una primera sentencia que empieza a abrir el sendero por el cual se transitará, en la cual se considera que "la situación fáctica que se recoge en la 'causa petendi' debe manejarse a la luz de la idea de 'lesión', como todo perjuicio antijurídico, que es la base o fundamento del deber de reparación, (y que) ha sido desarrollado en la doctrina española por Leguina y García de Enterría".¹⁰³ Si bien se advierte que "es verdad que en la ley de leyes no se define el concepto de 'daño antijurídico', [ello] lleva a indagar el alcance actual del mismo, [recurriendo a] la doctrina española que lo precisa en todo su universo".¹⁰⁴ Es así como se intenta definir el daño antijurídico, sobre el cual "la Sala ha dicho en varias providencias cuyo apoyo se ha buscado en la doctrina y la jurisprudencia españolas, que equivale a la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar",¹⁰⁵ o que equivale a aquel que se produce "cuando el sujeto que lo padece no tenía porqué soportarlo".¹⁰⁶

¹⁰³ Consejo de Estado, Sección Tercera, 27 de junio de 1991, Consejero Ponente: Dr. Julio Cesar Uribe Acosta, expediente n° 6454, actor: Edgar Pérez Rodríguez, Tomo 134 de los copiadore del Consejo de Estado, p. 120.

¹⁰⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, 31 de octubre de 1991, Consejero Ponente: Dr. Julio Cesar Uribe Acosta, expediente n° 6515, actor: Fabio Ruiz Ospina y otros, Tomo 144 de los copiadore de la Sección Tercera, p. 328.

¹⁰⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, 13 de julio de 1993, Consejero Ponente: Dr. Juan de Dios Montes Hernández, expediente 8163, actor: José Elías Rivera Arenas y otros.

¹⁰⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, 17 de septiembre de 1992, Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo, expediente n° 7060, actor: María Otilia Caycedo Parra y otros, Tomo 171 de los copiadore de la Sección Tercera

Bajo esta influencia doctrinaria se recuerda que "es característica contemporánea el que se prescindiera de los conceptos de licitud e ilicitud, culpa o dolo, y, en fin de cualquiera elemento subjetivo de los que sirvieron de fundamento pretérito al concepto de responsabilidad administrativa; actualmente ésta tiene su razón de ser en la lesión que los particulares sufran en sus derechos, aun con prescindencia de que la acción originaria del daño se hubiere ejercido legalmente por el ente público".¹⁰⁷ En efecto, "dentro de este universo Constitucional no hay duda de que el fundamento de la responsabilidad administrativa no se da siempre por una conducta dolosa o culpable, que deba ser sancionada, sino por el quebranto patrimonial que hay que reparar. La atención del constituyente se desplazó, pues, desde el autor o la conducta causante del daño, hacia la víctima misma. Por ello importa más reparar el daño causado, que castigar una acción u omisión administrativa culpable. La finalidad de la responsabilidad patrimonial no consiste pues, en borrar una culpa, sino en hacer recaer sobre el patrimonio de la administración, el daño sufrido por el particular. No hay duda de que a partir del texto Constitucional citado la responsabilidad se ha tornado en grado sumo objetiva, puesto que la culpa ha dejado de ser el fundamento único del sistema indemnizatorio, convirtiéndose simplemente en uno de los criterios jurídicos de imputación de daños a la administración. Por ello es posible, en muchos casos, que se tenga derecho a la indemnización de los daños patrimoniales ocasionados con una actuación administrativa lícita. La filosofía que informa todo este universo jurídico se apoya en el principio de solidaridad, que se recoge también en el artículo primero de la Constitución Nacional cuando se afirma que Colombia es un Estado social de derecho, fundado en el respeto de la dignidad de la persona humana y la solidaridad de las personas que la integran".¹⁰⁸

Con estas sentencias se observa que la obra de la doctrina española, y principalmente de García de Enterría, influye en el manejo del concepto "daño antijurídico", lo cual permite a la Sección Tercera centrar el enfoque de la responsabilidad desde la perspectiva de la antijuridicidad objetiva, produciéndose un avance respecto de la forma como tradicionalmente se venía desarrollando la teoría de la responsabilidad. El juez colombiano, ya sin los temores que pudiera mostrar en otras épocas, se desliga de la falla del servicio como fundamento único de la responsabilidad, y se adapta a un lenguaje que le permite transitar con mayor libertad en el fundamento de la misma.

II.C.2. Los regímenes de responsabilidad existentes con anterioridad a la Constitución de 1991 siguen existiendo

Corolario de la conclusión contenida en el acápite anterior, es que los diversos regímenes de responsabilidad que la jurisprudencia colombiana había elaborado en más de 130 años de existencia, siguen teniendo pleno valor bajo la Constitución de 1991.

¹⁰⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, 5 de julio de 1991, Consejero Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández, expediente n° 6014, actor: Aníbal Orozco Cifuentes, Tomo 134 de los copiadore de la Sección Tercera, p. 248.

¹⁰⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, 22 de noviembre de 1991, Consejero Ponente: Dr. Julio Cesar Uribe Acosta, expediente n° 6784, actor: Emilia Guido de Mazenett, Tomo 147 de los copiadore de la Sección Tercera, p. 64.

En efecto, si bien se le ha dado un golpe duro a la noción de falla del servicio, puesto que no necesariamente tiene que ser el único fundamento para que procediera la declaratoria de responsabilidad, se debe recordar que "la consagración misma del daño antijurídico como supuesto de la responsabilidad estatal no está ni objetivizándola ni descartando de dicha responsabilidad la noción de falla del servicio, sino sólo ampliando su ámbito de aplicación", puesto que "no es del todo exacto que luego de la expedición de la Carta de 1991 la responsabilidad se volvió objetiva y que en ningún evento se pueda probar la conducta irregular de la administración que produjo el daño, aunque sí puede estimarse que la jurisprudencia deberá tener también en cuenta ese criterio objetivista para su interpretación".¹⁰⁹

Lo anterior conlleva a que la noción de daño antijurídico ha servido para que el juez administrativo se adapte a la nueva realidad, sin producir verdaderamente traumatismos en la jurisprudencia que había producido bajo el imperio de la Constitución de 1886, puesto que los regímenes que utilizaba antes de 1991 siguen vigentes y utilizados. De todas formas debe anotarse que el actual texto ha servido para que se pierda el tabú por la responsabilidad objetiva, sin que ello signifique que se califique de tal el actual ordenamiento colombiano.

Veámoslo.

En lo que toca a la falla del servicio, que es la "forma obvia de la antijuridicidad", ella se presenta "cuando la administración actúa en forma irregular y culposa",¹¹⁰ lo cual significa que "la demostración de una acción u omisión constitutiva de falla del servicio imputable a una entidad oficial, determina que el asunto se maneje por el sistema de la falla del servicio probada", permitiendo afirmar que "pese a la tendencia objetivizante que se aprecia en el artículo 90 de la C.N., (la responsabilidad) continua siendo, por regla general, de naturaleza subjetiva".¹¹¹ En el importante fallo del 19 de agosto de 1994 sobre los trágicos hechos del Palacio de Justicia, la Sala reitera la posición de principio al afirmar que "el concepto anterior, el de la falla del servicio como sustento del régimen de responsabilidad extracontractual del Estado, no sólo ha sido cotidiano y reiterado sustento jurídico de la justicia contencioso administrativa para decidir las controversias sobre responsabilidad patrimonial pública, con mayor fuerza en la actualidad, con base en lo previsto en el artículo 90 de la Carta Política vigente, que continua orientando en número mayoritario, las providencias respectivas. Precisamente y

¹⁰⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 2 de marzo de 1993, Consejero Ponente: Dr. Belancur Jaramillo, expediente n° 7429, actor: Nancy Amparo Ramírez, Tomo 185 de los copiadore de la Sección Tercera, fl 320 y siguientes.

¹¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de julio de 1992, Consejero Ponente: Dr. Carlos Belancur Jaramillo, actor: Ninfa Rubio viuda de Celis, expediente n° 6941, Tomo 166 de los copiadore de la Sección Tercera, p. 250.

¹¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 13 de julio de 1993, Consejero Ponente: Dr. Juan de Dios Montes Hernández, expediente 8163, actor: José Elias Rivera Arenas y otros.

para darle claridad a algunas anticipadas concepciones doctrinales, la Sala ha clarificado la vigencia de la jurisprudencia de la teoría de la falla del servicio, en simultaneidad con el concepto de daño antijurídico, sobre el cual se estructura el régimen Constitucional del artículo 90 sobre responsabilidad patrimonial de los entes oficiales".¹¹² Así las cosas, no es de extrañar que sean numerosos los ejemplos sobre falla del servicio bajo la égida del actual artículo constitucional.

En lo que toca a la falla presunta del servicio, que aunque es más una forma de concebir la técnica de la carga de la prueba que un régimen de responsabilidad, ya que su sustento sigue siendo la falla del servicio, la situación es idéntica: el juez colombiano la sigue utilizando bajo la Constitución de 1991. En este aspecto es conocida la construcción jurisprudencial que aplica la presunción de falla del servicio para los servicios médicos. En fallo del 30 de julio de 1992, se afirma que "en el caso objeto de análisis, ha debido entonces, el ente demandado acreditar que frente al procedimiento quirúrgico que seccionó el nervio facial se habían adoptado las medidas de precaución anteriores, tales como exámenes y análisis del paciente encaminadas a la prevención de la lesión de dicho nervio o, por lo menos, haber enterado al paciente Ramírez de la situación comprometida de aquel, sus complicaciones y consecuencias dañosas, con miras a que el enfermo participara en la decisión de un acto quirúrgico que afectaría su futuro estado físico y emocional. Ante la omisión probatoria que en tal sentido se observa por parte del Instituto de Seguros Sociales resulta evidente para la Sala la falla del servicio que a la larga originó los perjuicios".¹¹³ Esta lógica de la presunción, que naturalmente tiene por consecuencia aligerar la carga de la prueba para las víctimas de los perjuicios, también tiene y ha tenido su campo de aplicación predilecta en los perjuicios causados con armas de dotación oficial. La conocida sentencia del 31 de julio de 1989, ya citada, que fue revocada por la Sala Plena del Consejo de Estado en reñida votación, sigue vigente en su estructura, esto es, en la posibilidad de utilizar la presunción de falla del servicio, puesto que así lo determinó expresamente la Plenaria cuando afirmó que "la teoría de la falla presunta, cuyos planteamientos básicos se hicieron en la sentencia recurrida, con precisión de conceptos ya adoptados por la Sección Tercera de la Corporación, podrá fundamentar la responsabilidad del Estado en casos diferentes al que ahora ocupa la atención de la Sala, cuando el perjudicado la invoque como sustento de su pretensión de indemnización o en aquellos eventos en los cuales, de acuerdo con los hechos o causa petendi de la demanda sea posible su aplicación, por darse (sic) los elementos y condiciones que de acuerdo con la ley le permita presumir su responsabilidad".¹¹⁴ Es así como se puede anotar que, sentencias como la del 6 de mayo de 1993, para citar un sólo ejemplo, dictada bajo la Constitución de 1991, siguen teniendo vigencia cuando afirman que "las pruebas anteriores son

¹¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, 19 de agosto de 1994, Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández, expediente n° 9276, actor: Susana Becerra de Medellín y otros.

¹¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de julio de 1992, Consejero Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández, expediente n° 6897, actor: Gustavo Eduardo Ramírez y otro.

¹¹⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 14 de febrero de 1995, consejera Ponente: Dra. Consuelo Samia Olcos, actor: Jorge Arturo Herrera Velázquez, expediente n° S-123.

suficientes para comprometer la responsabilidad de la administración, por cuanto se evidencian los elementos que estructuran esa responsabilidad bajo el régimen de la falla presunta del servicio, a saber, un hecho dañoso consistente en los disparos realizados por el agente mencionado con un fusil galil asignado a la Policía Nacional; el daño, en este caso la muerte y la relación de causalidad, lo que quiere decir que este último se produjo como consecuencia necesaria del hecho atribuible a la administración".¹¹⁵

Si, como se ha visto, la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano sigue utilizando la falla del servicio y ha logrado armonizarla perfectamente con el mandato del artículo 90 de la Constitución, es apenas natural que los denominados regímenes objetivos de responsabilidad también se apliquen bajo la noción del daño antijurídico.

En un interesante fallo de la Sección Tercera, en el cual se condenó al Estado a reparar los perjuicios ocasionados a un transeúnte por el atentado que terroristas produjeron con una bomba contra el Brigadier General Maza Márquez en momentos en los que se desplazaba en su vehículo,¹¹⁶ se afirmó que "frente a la realidad que se deja detallada, la Sala encuentra que en el caso en comento sí es posible aplicar el régimen de responsabilidad por daño especial", y "por ello patrocina la argumentación que se recoge en el fallo impugnado, en uno de cuyos apartes se lee (que) de lo dicho, y para hechos como el que se dirime, observa la Sala, sí puede deprecarse declaratoria de responsabilidad. Esta tiene como razón, el reparar daños ocasionados como consecuencia de un riesgo de naturaleza excepcional, a que se ven sometidos los administrados, cuando el estado combate las fuerzas ilegales que quieren aniquilarlo o destruirlo "(subrayas de la Sala). Es por lo anterior que la sentencia deja en claro que "el atentado contra el Brigadier General Maza Márquez fue un acto terrorista que, por lo mismo, se orientaba a socavar las instituciones, lo que explica la selección del personaje contra el cual se ejecutó", siendo "el fenómeno violento (dirigido) contra la organización estatal, con el fin de destruirla, o a la búsqueda de concesiones importantes, para quienes seleccionan esa forma de lucha". En este interesante fallo, que se comparte, se produce una mezcla del régimen objetivo sustentado en la teoría del riesgo y de aquel sustentado en el daño especial, lo cual hace predicar que ambas teorías siguen teniendo vigencia bajo la actual Constitución.

Esta sentencia es clara también en lo que a aplicación del daño especial se refiere, pues expresamente afirma que "como se puede apreciar, el principio de responsabilidad por daño especial se informa, a su vez, en razones de equidad", lo cual permite afirmar que "si en ese enfrentamiento propiciado por los terroristas, contra la organización estatal son sacrificados ciudadanos inocentes, y se vivencia que el objeto directo

¹¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de mayo de 1993, Consejero Ponente: Dr. Juan de Dios Montes Hernández, actor: Esperanza Loaiza y otros, expediente n° 7931, Tomo 191 de los copiadores de la Sección Tercera, p. 228.

¹¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, 23 de septiembre de 1994, Consejero Ponente: Dr. Julio César Uribe Acosta, actor: Justo Vicente Cuervo Londono, expediente n° 8577

de la agresión fue un establecimiento militar del gobierno, un centro de comunicaciones al servicio del mismo, o un personaje representativo de la cúpula administrativa, etcétera, se impone concluir que en medio de la lucha por el poder se ha sacrificado un inocente, y, por lo mismo, los damnificados no tienen porqué soportar sólo el daño causado... En el caso sub-examine el daño resulta antijurídico, porque un grupo de personas, o una sola de estas, no tiene porqué soportar los daños que se generan con motivo de la defensa del orden institucional, frente a las fuerzas de la subversión. El actuar de la administración, en estos casos, es lícito, pero ello no libera del deber jurídico de indemnizar daños que cause con tal motivo".

En lo que toca a la teoría del daño especial se puede observar la sentencia del 24 de febrero de 1995, en la cual se expresa: "lo precedente releva de otras consideraciones, dada la claridad del asunto, ya que el proceso pone de presente un evidente rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas. Así, se demostró que el conductor del vehículo particular, señor José del Carmen Núñez, fue obligado a prestar un servicio a la autoridad (transporte de tropa por zona de alta confrontación guerrillera), con tan mala suerte que los militares fueron emboscados por los delincuentes organizados, quedando de ese enfrentamiento varios muertos, entre éstos el citado conductor. Se le impuso a la víctima una carga excepcional que no tenía porqué soportar; y dado el resultado de esa exigencia que la Nación le impuso deberá indemnizar a los damnificados".¹⁷⁷ También se puede citar el fallo en el cual se condenó a la Nación por la consecuencia de la confiscación legal de bienes efectuado por agentes de policía en lucha contra el narcotráfico, y en el cual afirma el Consejo de Estado: "la problemática que se plantea en el sublite asegura la aplicación del régimen de responsabilidad por daño especial, pues el demandante, a pesar de su inocencia, debió soportar las consecuencias que brotan de la improductividad de sus bienes, por la sola razón del actuar administrativo del Estado con miras a combatir el narcotráfico. Así las cosas, el desenlace es bien perceptible: se ha roto la igualdad frente a las cargas públicas, trayendo consigo un daño antijurídico al demandante, pues un grupo de persona o una sola de éstas, no tiene porqué soportar individualmente los daños que se generan con motivo de la defensa del orden institucional. Por más que el actuar de la administración en estos casos sea lícito, tal circunstancia no la libera *per-se* del deber jurídico de indemnizar los daños que cause al administrado".¹⁷⁸ En un interesante y reciente caso en el cual se condena por primera vez al Estado por su actividad legislativa, por los perjuicios sufridos por los familiares de una persona que fallece atropellada por un vehículo conducido por un diplomático con fuero de conformidad con la Conversión de Varsovia, lo que les impidió obtener indemnización en Colombia, por los daños causados, se afirmó: "En el sub iudice, estima la Sala que es pertinente aplicar el régimen de responsabilidad por daño especial, que es el que corresponde

¹⁷⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, 24 de febrero de 1995, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, expediente n° 9405, actor: Fior Marfén Mora vda. de Núñez y otros, Tomo 272 de los Copiadores de la Sección Tercera, fl. 81.

¹⁷⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, 21 de junio de 1995, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros, Tomo 282 de los Copiadores de la Sección Tercera, fl. 42.

aplicar cuando por la actividad legítima del Estado se causa un daño. En el caso presente la incorporación a la legislación nacional del texto de la Convención de Viena de fecha del 18 de abril de 1961... y su aplicación produjeron un daño consistente en el desequilibrio de las cargas públicas que los actores no deben soportar".¹¹⁹

En lo que toca a la teoría del riesgo, para citar un ejemplo, se observa la condena a un municipio a indemnizar el perjuicio por la caída de un cable desconociéndose su causa, ya que, "hecho el análisis de rigor, se concluye que la tragedia no fue generada por la culpa de la administración ni de la víctima. Pero el daño ocurrió y tuvo, a no dudarlo, su causa eficiente en el riesgo especial creado por los cables de conducción empleados para la prestación del servicio público de energía eléctrica y en tal virtud la administración está obligada a reparar el daño patrimonial causado a la demandante. La lesión padecida por la víctima no debe soportarla ésta ni sus causahabientes; antes bien, con fundamento en lo prescrito por el artículo 90 de la Carta Política, se impone su resarcimiento".¹²⁰ De similar tenor es la sentencia del 31 de octubre de 1991 en la cual se indemniza a un conductor de un automotor por la caída de una piedra en momentos en los cuales transitaba por la carretera Panamericana, y en la cual se concluye que "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 antijuridicidad objetiva, dentro del temperamento en que discurre el profesor García de Enterría en el aparte de su obra ya transcrito".¹²¹ De manera más reciente y clara, ha dicho la jurisprudencia que "los daños provenientes de las redes eléctricas así como del uso de armas de fuego o la conducción de vehículos automotores son conceptos que no presentan diferencia alguna pues se trata de la creación de un riesgo excepcional por el ejercicio de actividades peligrosas, en cuyo caso la responsabilidad del Estado es objetiva y el Estado sólo se exonera o se libera por medio de la prueba de una fuerza mayor, del hecho de un tercero o de culpa exclusiva de la víctima (causa extraña)".¹²²

Otra interesante forma de la teoría del riesgo se observa en las recientes pero ya reiteradas aplicaciones que la Sección Tercera ha hecho, cuando indemniza los perjuicios ocasionados a personas privadas de la libertad. Luego de citarse el fallo del 2 de junio de 1994 en el expediente 8784, la sentencia del 10 de marzo de 1995 afirma "que con respecto al personal de internos de los establecimientos carcelarios o penitenciarios, éstos asumen frente a aquellos una obligación de brindarles seguridad, obligación que es de resultado y no simplemente de medios y que se traduce en el compromiso oficial de regresar a la sociedad al recluso que es puesto en libertad, en el

¹¹⁹ Consejo de Estado, Sala Plena, 25 de agosto de 1998, Consejero Ponente: Dr. Jesús María Carrillo, expediente IJ-001.

¹²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, 22 de octubre de 1992, Consejero Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández, expediente n° 7141, actor: Pedro Antonio Aragón Aparicio y otra, Tomo 174 de los copiadore de la Sección Tercera, p. 214.

¹²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 31 de octubre de 1991, Consejero Ponente: Dr. Julio Cesar Uribe Acosta, expediente n° 6515, actor: Fabio Ruíz Ospina y otros, Tomo 144 de los copiadore de la Sección Tercera, p. 328.

¹²² Consejo de Estado, Sección Tercera, 10 de septiembre de 1998, Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque, expediente n° 10.820.

mismo estado de salud en que fue recibido para su internamiento, salvo, desde luego, las enfermedades y problemas de salud inherentes ordinariamente a la misma naturaleza de la persona. En caso contrario -continúa la sentencia-, se ocasiona un daño antijurídico susceptible de indemnizar conforme al artículo 90 de la Carta Política".¹²³ Hay aquí pues aplicación de la teoría del riesgo, en la medida en que con la detención el Estado asume los riesgos que puedan acaecer al privarlo de su libertad, sin que sea dable exonerarse probando la ausencia de falla del servicio porque se está en presencia de una obligación de resultado.

II.C.3. El fundamento de la responsabilidad en el "daño antijurídico" genera que el sistema de responsabilidad tenga una naturaleza mixta

Si en el análisis anterior se concluyó que los regímenes de responsabilidad existentes con anterioridad a la aparición constitucional de la noción de daño antijurídico siguen siendo utilizados, se debe estudiar ahora cuál es el papel que la jurisprudencia le sigue otorgando al concepto de falla del servicio. Hasta ahora se puede afirmar que el concepto sigue existiendo, y que cada vez que el juez encuentra los elementos que definen su aplicación, recurre a dicho régimen para justificar el deber resarcitorio del Estado.

Sin embargo, no se estudiaría en un todo el concepto de daño antijurídico si no se realiza la siguiente pregunta: ¿cuándo el juez no encuentra los elementos de la falla del servicio, desecha la responsabilidad del Estado? ¿puede la carencia de falla del servicio conllevar la indefectible ausencia de responsabilidad del Estado?

La respuesta que se dé al interrogante es fundamental. En primer término, porque permitirá descubrir si el artículo 90 de la Constitución Política estatuyó un régimen general de responsabilidad objetiva del Estado. En segundo lugar, porque permitirá determinar cuál es exactamente el lugar y la forma como se mueve dentro del engranaje el concepto de falla del servicio. De la respuesta al presente interrogante se podrá concluir si el profesor español García de Enterría tiene razón cuando, como se vio, afirma que "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)", o si, por el contrario, la posición correcta es la del profesor español Garrido Falla, cuando afirma que se debe tener en cuenta "que el funcionamiento del servicio sea normal o anormal, lo cuál ... resulta ser un criterio más correcto que el de determinar si la víctima tenía o no el deber jurídico de soportar el daño",¹²⁴ porque en algunos casos "el funcionamiento anormal del servicio se convierte en dato definitivamente relevante para que prospere la acción de responsabilidad". En este sentido pues la noción

¹²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, 10 de marzo de 1995, Consejero Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández, expediente n° 9990, actor: Héctor López Echevarría.

¹²⁴ Garrido-Falla, Fernando. "Tratado de Derecho Administrativo", volumen II, Editorial Tecnos S.A., novena edición, 1991, p. 246.

misma de daño antijurídico o lesión resarcible es cuestionada por el profesor Garrido Falla, quien considera que la naturaleza tan objetiva que se pretende del ordenamiento español, y que ha llevado al profesor García de Enterría a catalogarlo como el de "vanguardia del Derecho Comparado", es cuestionable: "lo cierto es que el artículo 40 de la Ley del Régimen Jurídico engloba diversos supuestos de responsabilidad, o, dicho de otra forma, a los efectos de conseguir la indemnización subsiguiente a una reclamación de responsabilidad patrimonial *no es indiferente* que el servicio haya funcionado de forma normal o anormal". Bajo la perspectiva del profesor Garrido Falla se ubican otros doctrinantes españoles tan importantes como Fernando Pantaleón Prieto, quien ha también tenido oportunidad de criticar el fundamento único dado en la responsabilidad objetiva.¹²⁶ En el derecho argentino, igualmente, según el tratadista José Roberto Dromi "no existen normas jurídicas específicas que determinen cuáles son las condiciones legales para que se opere esa responsabilidad. En algunos casos se exige que la conducta dañosa sea culpable (responsabilidad subjetiva), y en otros se prescinde de ese dato subjetivo (responsabilidad objetiva)".¹²⁶ En sentido similar se expresa el profesor Juan Carlos Cassagne, quien si bien considera que "la obligación de resarcir el perjuicio cometido no nace del daño sino de la alteración del principio de igualdad", estima que "según se trate de la actuación legítima o ilegítima del Estado va a diferir el alcance y la medida de la reparación".¹²⁷ Recientemente el tratadista colombiano Javier Tamayo Jaramillo coincide con esta óptica al señalar que, "daño antijurídico es aquel que el Estado no tiene derecho a causar. Ese derecho a dañar, en algunas hipótesis, deja de existir si el Estado actúa con falla o culpa. En otras hipótesis ese derecho de dañar nunca existe".¹²⁸

La jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano parecería darle razón a la última corriente conceptual que tanto se ha citado, lo cual permite observar que la asimilación de la teoría del profesor García de Enterría no fue totalmente avalada por su jurisprudencia. En efecto, si se encuentran hipótesis en las cuales a pesar de existir daño -en el sentido material de merma económica- no se declara la responsabilidad del Estado pese a que se le pueda imputar un hecho causante del mismo, la conclusión sería que la falla del servicio, como lo afirma el profesor Garrido Falla, "se convierte en dato definitivamente relevante para que prospere la acción de responsabilidad". Supongamos el caso de responsabilidad en la omisión general de protección de la vida de los asociados: si el propietario de un inmueble es amenazado por la guerrilla y al cabo de varios días de la amenaza es secuestrado por la misma, ¿surge la responsabilidad del Estado? El daño es cierto - consecuencias económicas del secuestro -, y la imputación al Estado también - omisión en la protección de la libertad de locomoción. Sin embargo, la solución del caso dependerá de si ese hecho omisivo logra o no constituirse en una falla del servicio, caso único en el cual procederá la declaratoria de

¹²⁶ Prieto, Fernando Pantaleón. *Responsabilidad del personal sanitario*, Madrid, 1995, p. 180 y ss.

¹²⁶ Dromi, José Roberto. *Derecho Administrativo*. Tomo 2°, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 253.

¹²⁷ Cassagne, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Tomo I, tercera edición actualizada, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, p. 223.

¹²⁸ Tamayo Jaramillo, Javier. "La responsabilidad del Estado. El riesgo excepcional y las actividades peligrosas. El daño antijurídico", Editorial Temis, Bogotá, 1997, p. 45.

responsabilidad del Estado.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ya ha marcado la pauta cuando ha hablado sobre la naturaleza de la responsabilidad: "... Se entiende así por qué se califica esa responsabilidad de objetiva. En principio, no juega el problema de la culpa, ya que la norma constitucional desplaza el problema de la antijuridicidad de la conducta de la persona administrativa (funcionamiento irregular del servicio público) y lo radica en la antijuridicidad del daño. Se dice en principio, porque pueden existir hipótesis que no permiten el manejo de la responsabilidad desde la perspectiva exclusiva de ese daño antijurídico. Piénsese por ejemplo en algunos casos de responsabilidad nacidos del incumplimiento de obligaciones de medio y en los cuales esa responsabilidad sólo resultara comprometida cuando dentro de la infraestructura del servicio no se pusieron todos los instrumentos o elementos adecuados e idóneos para evitar la ocurrencia del perjuicio".¹²⁹ De esta cita jurisprudencial, que en mi conocimiento no ha sido profundizada en otras sentencias, se observa que el Consejo de Estado ha considerado que en ocasiones la falla del servicio se torna en indispensable para que se configure el daño antijurídico, sobretudo en los casos en los que están en juego obligaciones de medio y no de resultado.

Es por la anterior concepción por lo que se pueden entender sentencias en las cuales se rechaza la declaratoria de responsabilidad porque no se dio la falla del servicio, a pesar de que se haya dado el perjuicio y la imputación al Estado. Es por ejemplo el caso de la sentencia del 11 de mayo de 1995, en donde no se declaró la responsabilidad del Estado por los perjuicios ocasionados con el atentado terrorista contra el avión de Avianca en el que murieron todos sus ocupantes, y en el cual se lee: "a la luz de los anteriores medios probatorios, que son los únicos que obran dentro del expediente, resulta imposible, como ya se anticipó, concluir que hubo falla del servicio. El apoderado de los demandantes, en el escrito en que sustenta el recurso, pone mucho énfasis en la circunstancia de que la policía portuaria no cumplió con lo dispuesto en los artículos primero y segundo del Decreto 263 de 1988, que le asigna la función de vigilancia y control de las instalaciones aeronáuticas, y de las personas ... Quien así razona olvida que la Corporación ha predicado, en forma reiterada, que la falla del servicio tiene un universo relativo, pues al Estado no se le puede exigir que, dada la gravedad de la situación de orden público, que desde hace muchos años vive el país, se coloque al pie de cada edificio o casa particular, al lado de todos los vehículos utilizados para el transporte aéreo, terrestre o marítimo, al lado de cada ciudadano, agentes del orden para que protejan, con obligación de resultado, sus vidas o bienes".¹³⁰ Se puede también citar el fallo del 8 de junio de 1995 en el cual no se declara la responsabilidad del Estado, con base en el siguiente argumento: "Las irregularidades narradas por los parientes de la demandante, en el sentido de que la paciente no

¹²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de julio de 1992, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, actor: Ninfa Rubio vda. de Celis, expediente n° 6941, Tomo 166 de los Copiadores de la Sección Tercera, p. 250.

¹³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, 11 de mayo de 1995, Consejero Ponente: Julio Cesar Uribe Acosta, expediente n° 10176, actor: Yomaira del Socorro Cadavid López y otros, Tomo 278 de los Copiadores de la Sección Tercera, fl. 144.

fue atendida por el obstetra por las circunstancias anotadas (paro médico) pero sí por parte de un médico general, no llegan a constituir una falla del servicio que comprometa la responsabilidad de la administración".¹³¹ Igual ocurre por atentados terroristas al servicio de transporte, caso en el cual la jurisprudencia afirma que "tampoco podrá condenarse al Estado por falla del servicio porque no se demostró que el día de los hechos se hubiera presentado en el área una situación de perturbación del orden público que demandara una especial vigilancia del Estado; tampoco se acreditó que el actor hubiera requerido de las autoridades una mayor protección con anterioridad a la ocurrencia del hecho ni que las autoridades hubieran desatendido su deber de prever y controlar el hecho ...".¹³²

Bajo el estudio de estas consideraciones, se puede afirmar entonces, que en algunas ocasiones la ausencia de falla del servicio produce indefectiblemente la no declaratoria de responsabilidad. El punto es de extrema importancia pues dependiendo de si se acepta o no el postulado, los alcances de las hipótesis de declaratoria de responsabilidad del Estado variarán, ya que, si se acepta que en algunos casos la responsabilidad no sea declarada porque no existió la falla del servicio, el postulado mismo de la construcción teórica del profesor español García de Enterría estaría cuestionado, abriendo paso a la posición de la corriente que lo critica. En efecto, si la antijuridicidad objetiva es la que ha de tenerse en cuenta según el profesor García de Enterría, en desmedro de la subjetiva que no tiene ninguna incidencia en la calificación o no de antijurídico de un daño, no tendría explicación negar la responsabilidad en los casos reseñados, en los cuales el único argumento para dicha negativa consiste en la ausencia de falla del servicio.

Pero a la luz de la jurisprudencia citada, que comparto, se puede concluir que dentro del concepto de daño antijurídico no sólo está inmersa la falla del servicio, sino que en ocasiones su ausencia supondrá la ausencia del mencionado concepto.

II.C.4. A manera de conclusión de la segunda parte: la definición personal del daño antijurídico

En aras de aportar elementos de discusión sobre el tema objeto de estas reflexiones, me permito anotar que entiendo por daño antijurídico aquél que se subsume en cualquiera de los regímenes de responsabilidad, suponiendo la aplicación del principio *iura novit curia*, sin que se viole el derecho de defensa.¹³³

¹³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 8 de junio de 1995, Consejero Ponente: Juan de Dios Montes Hernández, expediente n° 8228, actor: Aurora Cruz Rubio, Tomo 280 de los Copiadores de la Sección Tercera, fl. 184.

¹³² Consejo de Estado, Sección Tercera, 8 de febrero de 1999, Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque, expediente n° 10.731. Es claro en los anteriores casos que existía daño - consecuencias económicas de la no atención "óptima", de la muerte de pasajeros, de la destrucción de bus, de atentados terrorista-, pero que por no alcanzar a configurar una falla del servicio, no permitieron que prosperaran las súplicas de la demanda.

¹³³ La definición fue acogida en una sentencia de la Corte Constitucional en donde se expresó: "Como bien lo señala la doctrina nacional y se verá en esta sentencia, en el fondo el daño antijurídico es aquel que se subsume en cualquiera de los regímenes tradicionales de responsabilidad del Estado" (sentencia del 1° de agosto de 1996, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, en la sentencia C-333/96, cuyo actor fue Emilse Margarita Palencia Cruz).

La presente postura se explica en las páginas anteriores, pero con la intención de presentar una síntesis se puede anotar:

1° El daño antijurídico supone la existencia de todos los regímenes de responsabilidad que han sido decantados históricamente. Es decir, tanto existe daño antijurídico por falla del servicio como por daño especial, riesgo, enriquecimiento sin causa, etc. El daño antijurídico se convierte así en un género que cobija varias especies, en donde el género sería el fundamento mediato de la responsabilidad en tanto que las especies serían su fundamento inmediato.

2° El daño antijurídico supone una naturaleza mixta de la responsabilidad y no una naturaleza exclusivamente objetiva. En determinados eventos el daño antijurídico sólo se expresa en efecto por la vía de la falla del servicio, que en caso de no estar presente, genera la no declaratoria de responsabilidad. Pero para que esta situación se concrete supone que no se pueden aplicar los otros regímenes de responsabilidad, porque no se encuentren en el caso concreto los elementos que permitan su aplicación. Ello conlleva a que el juez debería en todos los procesos sometidos a su decisión, explicar por qué no se presenta la falla del servicio, la teoría del riesgo y la teoría del daño especial, para allí sí concluir que no se está en presencia de un daño antijurídico. Solo con la explicación de que no existió el género se puede aplicar el artículo 90 de la Constitución.

3° El juez debe aplicar el principio *iura novit curia* como única alternativa de cumplir con el fundamento constitucional genérico de la responsabilidad. Ello supone que se ha superado constitucionalmente la discusión acerca de la falla del servicio como fundamento único de la responsabilidad.

4° En la aplicación del principio *iura novit curia* el juez no puede violar el derecho de defensa de la parte demandada, permitiendo que su fallo se sustente en hechos nuevos que no fueron probados y conocidos en el proceso. Lo anterior ocurriría en los eventos en los cuales, sin haber formado parte del proceso un hecho constitutivo de falla del servicio, el juez decida que dicho hecho es el fundamento de una falla. Es decir, el juez no puede pasar de un régimen de responsabilidad objetivo a uno subjetivo, aunque sí a la inversa, pasar de uno subjetivo a uno objetivo. Este postulado es lógico en la medida en que el régimen de responsabilidad por falla del servicio lleva ínsitos los elementos de los regímenes objetivos, puesto que aquella siempre requiere de mayores elementos que éstos.

5° La noción de daño antijurídico se predica de todos los poderes del Estado. Lo anterior es lógico en la medida en que el artículo 90 de la Constitución se refiere al "Estado" sin que excluya alguna de las ramas que lo componen. Permite pues no sólo la responsabilidad del Estado-Administrador, sino la del Estado-Legislator y del Estado-Juez. La tendencia de la jurisprudencia, por ejemplo en el conocido caso de Carmen Aminta Escobar con ponencia del Consejero Daniel Suárez, así lo demuestra.

Muy seguramente en un futuro próximo, por no decir inmediato, se producirán sentencias en este sentido, como lo prueba la sentencia referida del 25 de agosto de 1998, en donde la Plenaria del Consejo de Estado condenó a la Nación Colombiana a indemnizar por la actividad legislativa que incorporó al país el tratado internacional de la Convención de Varsovia, rompiendo con ello el principio de igualdad de los ciudadanos que no pueden acceder a la justicia colombiana para ser indemnizados por los daños causados por diplomáticos.

II.C.4. A manera de conclusión de la segunda parte: la definición personal del daño antijurídico

En aras de aportar elementos de discusión sobre el tema objeto de estas reflexiones, me permito anotar que entiendo por daño antijurídico aquél que se subsume en cualquiera de los regímenes de responsabilidad, suponiendo la aplicación del principio *iura novit curia*, sin que se viole el derecho de defensa.¹³⁴

La presente postura se explica en las páginas anteriores, pero con la intención de presentar una síntesis se puede anotar:

1° El daño antijurídico supone la existencia de todos los regímenes de responsabilidad que han sido decantados históricamente. Es decir, tanto existe daño antijurídico por falla del servicio como por daño especial, riesgo, enriquecimiento sin causa, etc. El daño antijurídico se convierte así en un género que cobija varias especies, en donde el género sería el fundamento mediato de la responsabilidad en tanto que las especies serían su fundamento inmediato.

2° El daño antijurídico supone una naturaleza mixta de la responsabilidad y no una naturaleza exclusivamente objetiva. En determinados eventos el daño antijurídico sólo se expresa en efecto por la vía de la falla del servicio, que en caso de no estar presente, genera la no declaratoria de responsabilidad. Pero para que esta situación se concrete supone que no se pueden aplicar los otros regímenes de responsabilidad, porque no se encuentren en el caso concreto los elementos que permitan su aplicación. Ello conlleva a que el juez debería en todos los procesos sometidos a su decisión, explicar por qué no se presenta la falla del servicio, la teoría del riesgo y la teoría del daño especial, para allí sí concluir que no se está en presencia de un daño antijurídico. Solo con la explicación de que no existió el género se puede aplicar el artículo 90 de la Constitución.

3° El juez debe aplicar el principio *iura novit curia* como única alternativa de cumplir con el fundamento constitucional genérico de la responsabilidad. Ello supone que se ha

¹³⁴ La definición fue acogida en una sentencia de la Corte Constitucional en donde se expresó: "Como bien lo señala la doctrina nacional y se verá en esta sentencia, en el fondo el daño antijurídico es aquel que se subsume en cualquiera de los regímenes tradicionales de responsabilidad del Estado" (sentencia del 1° de agosto de 1996, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, en la sentencia C-333/96, cuyo actor fue Emilse Margarita Palencia Cruz).

superado constitucionalmente la discusión acerca de la falla del servicio como fundamento único de la responsabilidad.

4° En la aplicación del principio *iura novit curia* el juez no puede violar el derecho de defensa de la parte demandada, permitiendo que su fallo se sustente en hechos nuevos que no fueron probados y conocidos en el proceso. Lo anterior ocurriría en los eventos en los cuales, sin haber formado parte del proceso un hecho constitutivo de falla del servicio, el juez decida que dicho hecho es el fundamento de una falla. Es decir, el juez no puede pasar de un régimen de responsabilidad objetivo a uno subjetivo, aunque sí a la inversa, pasar de uno subjetivo a uno objetivo. Este postulado es lógico en la medida en que el régimen de responsabilidad por falla del servicio lleva ínsitos los elementos de los regímenes objetivos, puesto que aquella siempre requiere de mayores elementos que éstos.

5° La noción de daño antijurídico se predica de todos los poderes del Estado. Lo anterior es lógico en la medida en que el artículo 90 de la Constitución se refiere al "Estado" sin que excluya alguna de las ramas que lo componen. Permite pues no sólo la responsabilidad del Estado-Administrador, sino la del Estado-Legislador y del Estado-Juez. La tendencia de la jurisprudencia, por ejemplo en el conocido caso de Carmen Aminta Escobar con ponencia del Consejero Daniel Suarez, así lo demuestra. Muy seguramente en un futuro próximo, por no decir inmediato, se producirán sentencias en este sentido, como lo prueba la sentencia referida del 25 de agosto de 1998, en donde la Plenaria del Consejo de Estado condenó a la Nación Colombiana a indemnizar por la actividad legislativa que incorporó al país el tratado internacional de la Convención de Varsovia, rompiendo con ello el principio de igualdad de los ciudadanos que no pueden acceder a la justicia colombiana para ser indemnizados por los daños causados por diplomáticos.