

LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO A LA LUZ DEL ARTÍCULO 90 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA*

Felipe Navia Arroyo

Al clausurar las sesiones de la Asamblea Constituyente, el 4 de julio de 1991, el delegado Alvaro Gómez Hurtado dijo, verdad de a puño, que la Constitución es un cuerpo vivo. Ello implica, para la norma fundamental, la necesidad imperiosa de ajustarse permanentemente a las exigencias y aspiraciones sociales, económicas y políticas de la Nación en cada momento de su discurrir histórico, lo que puede hacerse por la vía de una reforma constitucional, o por la más flexible de la interpretación jurisprudencial. Esa, precisamente, fue la virtud y la suerte de nuestra Constitución de 1886. A la manera de la de Filadelfia, que data de 1787 y rige aún en Estados Unidos, desde luego no sin tropiezos y sin superar varias crisis, algunas de ellas dolorosas y sangrientas, a lo largo de más de cien años de vida, la Carta de 1886 había ido perdiendo su impronta partidista original, para convertirse, si así pudiera decirse, en una expresión nacional. Ese ajuste permanente fue el resultado de acuerdos entre los partidos políticos, como en 1910, 1957, 1968 y 1986; de la acción exclusiva, renovadora y modernizadora del partido liberal, como ocurrió en 1936 con el programa de la Revolución en Marcha, a la postre asimilado y aceptado por el partido conservador; y, en fin, de una admirable labor de interpretación creadora adelantada por la Corte Suprema de Justicia y por el Consejo de Estado a lo largo de más de cien años.

Esa tradición constitucional habría de venirse abajo, como castillo de naipes, en 1991. Paradójicamente, por una inflexibilidad sobrevenida. La Constitución de 1886, como lo han sido todas las nuestras, era de carácter rígido. La dificultad para modificarla se acentuó al extremo a partir de la década de los años 70 del siglo pasado, cuando la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio del entonces muy cuestionado y controvertido poder de control sobre los actos reformativos de la Constitución, declaró inconstitucional, primero el Acto Legislativo 2 de 1977, por medio del cual, y por iniciativa del presidente López Michelsen, se pretendió reformar parcialmente la Carta en lo relacionado con el régimen departamental y municipal y la administración de justicia, no por el Congreso, sino

* Ponencia para el Seminario Internacional "Semana del Derecho Constitucional Comparado". Conmemoración del x Aniver-

sario de la Constitución Colombiana, organizado por la Embajada Francesa.

mediante la convocatoria de una “Pequeña Constituyente”; y luego el Acto Legislativo 1 de 1979, que había creado y puesto en funcionamiento la Fiscalía General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura. A estos excesos de la Corte Suprema de Justicia, que dieron lugar a que se hablara de un inaceptable “gobierno de los jueces”, y que en buena parte explican, otra paradoja, la creación de la actual Corte Constitucional, habría de agregarse, diez años más tarde, la frustración de la reforma constitucional propuesta por el presidente Barco, esta vez por decisión política del propio Gobierno, el cual prefirió abortarla antes que aceptar, nueva paradoja, la inclusión de una norma de última hora que prohibía la extradición de colombianos por nacimiento. Así, pues, todos los intentos por llevar a cabo una descentralización administrativa real, necesaria y exigida; por establecer un sistema penal acusatorio; y por hacer, participativa y no solamente representativa a la democracia colombiana, habían fracasado por factores exógenos a la Constitución de 1886. Quedó en pie, casi como testimonio de todas estas esperanzas frustradas, la reforma de 1986, que estableció la elección popular de alcaldes y la posibilidad de realizar consultas populares.

Tal vez sea muy temprano para hacer un juicio definitivo sobre la Constitución Política de 1991. Pero a diez años de su vigencia, un balance aproximado nos permite afirmar que, así como son innegables sus bondades, tampoco pueden soslayarse sus defectos y sus demasías. Estaría fuera de lugar, dentro de esta ponencia, entrar siquiera a enumerar unas y otros, ni soy persona con autoridad científica para aventurar un juicio de conjunto sobre la nueva Carta. Permítaseme sí decir, a manera de introducción al tema de este trabajo, que una de sus características es su exageración reglamentaria en materia de derechos, garantías y deberes (título II). Precisamente, fue en el capítulo 4 del título II en donde se incluyó el artículo 90, con el argumento de que era absolutamente indispensable llenar el vacío de la Constitución de 1886 consistente en no haber señalado, por medio de una cláusula general, la responsabilidad del Estado. “Nuestro actual sistema –decía el delegatario Juan Carlos Esguerra en la ponencia para debate en Comisión– consagra de manera expresa 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”. Y agregó: “La experiencia ha demostrado la inaplazable necesidad de definir todos estos tipos de responsabilidad y de señalar de manera clara que la de carácter patrimonial les corresponde solidariamente al órgano y al funcionario”¹.

Valga anotar, en primer término, que si bien es cierto que con anterioridad a 1991 se consagró de manera expresa la responsabilidad penal y disciplinaria del funcionario, lo hizo el legislador ordinario, no la Constitución, lo que era, y sigue siendo, innecesario; y, en segundo lugar, respecto de la responsabilidad patrimonial, tanto del Estado como del funcionario, que ni la Corte Suprema de Justicia, mientras conservó la competencia general en estos asuntos, ni el Consejo de Estado tuvieron necesidad de un texto constitucional o legal para estructurar y desarrollar, de la misma forma como lo ha venido haciendo la jurisdicción administrativa en Francia, a partir del *arrêt Blanco*, un completo sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, en algunos aspectos quizás con más

¹ CARLOS LLERAS DE LA FUENTE y MARCEL TANGARIFE TORRES. *Constitución Política de Colombia: Origen, evolución y vigencia*, Bogotá, Biblioteca Jurídica Dike, 1996, p. 362.

audacia que el Consejo de Estado francés. Para ello fueron suficientes, en una primera etapa, las normas del Código Civil sobre la responsabilidad común por los delitos y las culpas (arts. 2341 a 2360); y en una segunda etapa, bajo la orientación del Consejo de Estado, decidido desde 1960 a darle un carácter autónomo a la responsabilidad estatal y fundamentarla en criterios de derecho público, varias disposiciones de la Constitución de 1886, entre las que cabría citar los artículos 20, 33 y, especialmente, 16, conforme al cual 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, fórmula retomada en idénticos términos por el inciso 2° del artículo 2° de la Constitución Política de 1991.

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas”, dice el artículo 90 de la Constitución Política de 1991. Y agrega: “En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

Del régimen colombiano de responsabilidad extracontractual del Estado anterior a 1991, de origen básicamente pretoriano, y por lo tanto no terminado, es decir en evolución permanente, abierto a nuevas posibilidades, podría decirse que además de completo es equilibrado, pues concilia de manera apropiada la necesidad de proteger los derechos particulares con el interés público. Es evidente que ese equilibrio no podría lograrse si para indemnizar fuese apenas necesaria la presencia de un daño o, mejor, para situarnos dentro de la perspectiva y el léxico de Eduardo García de Enterría, que tanto entusiasmo ha suscitado dentro del Consejo de Estado en esta última década, de una lesión, sin importar las condiciones y circunstancias en que fue causada. En otras palabras, si para indemnizar el daño causado por la actividad estatal es indiferente que el servicio público en cuestión haya funcionado normal o anormalmente, habría un desbordamiento, porque ya no estaríamos hablando, como lo anota Fernando Pantaleón Prieto, de “una verdadera ‘responsabilidad civil’ (mecanismo de indemnización configurado con criterios de justicia conmutativa y eficiencia económica), sino de ‘seguridad social’”². Y porque si la regla general es la responsabilidad sin culpa (sin falla del servicio), además de que “cada uno de nosotros sería el asegurador del otro”³, se produciría un relajamiento inaceptable en el funcionamiento de la administración pública. A este propósito son contundentes las siguientes palabras de Prosper Weil: “Aunque el concepto de responsabilidad de la administración por quebrantamiento de la igualdad ante las cargas públicas constituye sin duda alguna un progreso, hay que evitar que su extensión desconsiderada lo desvirtúe hasta el punto de llegar a significar que la administración haga lo que quiera, siempre que luego indemnice a las víctimas de su acción”. Poco más adelante agrega: “asistiríamos entonces a un peligroso retroceso del control de la regularidad de la acción administrativa, por no decir a una auténtica dimisión del juez administrativo”⁴.

² Citado por JAVIER TAMAYO JARAMILLO. *La responsabilidad del Estado. El daño antijurídico (Const. Pol., art. 90), el riesgo excepcional y las actividades peligrosas*, Bogotá, Temis, 1997, p. 28.

³ GEORGES VEDEL y PIERRE DELVOLVÉ. *Droit administratif*, París, PUF, 1990, T. I, p. 590.

⁴ PROSPER WEIL. *Derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1986, p. 170.

Sea lo que fuere de estas consideraciones, lo cierto es que el artículo 90 de la Carta sólo habla de daño antijurídico imputable; desplazó, se dice, el problema de la responsabilidad estatal del análisis de la actividad del causante del daño a la consideración exclusiva de la posición de la víctima, convirtiendo la responsabilidad del Estado en objetiva. Así lo consideró el Consejo de Estado en varios fallos, pronunciados inmediatamente después de haber sido promulgada la nueva Constitución. ¿Es esta la interpretación correcta de la norma constitucional? ¿O será que, tras el enunciado de esta cláusula general, no hay nada nuevo en el panorama de la responsabilidad pública, como parece poderse inferir de pronunciamientos más recientes del Consejo de Estado y de la sentencia del 1° de agosto de 1996 de la Corte Constitucional, por medio de la cual se declaró exequible el artículo 50 de la Ley 80 de 1993? ¿Podría eventualmente, concluirse, de lanzarnos a la búsqueda, propuesta por Tamayo Jaramillo, de los límites entre lo jurídico y lo antijurídico, que la inclusión del concepto de “daño antijurídico” significa, en realidad, una limitación, o, mejor, un paso atrás en relación con algunos de los avances más significativos obtenidos en esta materia por la jurisprudencia, en particular respecto de la indemnización del llamado daño especial, habida cuenta que en estos casos la actividad de la administración se ajusta a la ley, es decir se encuentra justificada, y en esa medida el daño causado sería jurídico? Para responder a estas preguntas conviene dar una mirada, así sea a vuelo de pájaro, al origen y razón de ser del artículo 90 que nos ocupa (I), para luego precisar, frente a esa norma, las diferentes posibilidades interpretativas (II).

I. ORIGEN Y RAZÓN DE SER DEL ARTÍCULO 90 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

PARA JUZGAR LA CONVENIENCIA, IMPORTANCIA y alcance de la reforma que se introdujo en 1991 en esta materia creemos que es necesario hacer un inventario, muy abreviado, que dé cuenta del sistema de responsabilidad extracontractual del Estado existente antes de 1991⁵ (A), para después intentar escudriñar cuál fue la verdadera voluntad de la Constituyente sobre el particular (B).

A. LOS VARIOS REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD ESTATAL

THE KING CAN DO NOT WRONG FUE LA MÁXIMA con la que se justificó la irresponsabilidad total del Estado a lo largo de casi todo el siglo XIX, tanto en Europa como

⁵ Para una mayor información sobre la evolución jurisprudencial remitimos a JUAN CARLOS HENAO. “Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia”, en *Jornadas Colombo-Venezolanas de Derecho Público*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 732 y s.; y ANTONIO JOSÉ DE IRISARRI. “La responsabilidad de la administración pública por falla o culpa del servicio en Colombia”, en AA. VV. *La responsabilidad de*

la administración pública en Colombia, España, Francia e Italia, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986, pp. 146 y s. Para el caso francés, ROLAND DRAGO. “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de la administración pública en Francia”, en *La responsabilidad de la administración pública en Colombia, España, Francia e Italia*, cit., pp. 63 y s., y VEDEL y DELVOLVÉ. *Droit administratif*, T. I, cit., pp. 548 a 575.

en las nacientes repúblicas de América. La noción de soberanía se oponía tajantemente a ello. Pero la injusticia evidente de una aplicación estricta del principio, condujo a las legislaturas a ordenar la indemnización de los daños causados a los particulares con ocasión de las guerras civiles⁶, y más tarde a los tribunales a aceptar que el Estado, lo mismo que las personas jurídicas de derecho privado, debía responder por el hecho de sus dependientes (1). Ya avanzado el siglo xx se buscó diseñar un régimen autónomo, propio del derecho público, basado en principios diferentes a los del derecho civil (2), aun cuando no siempre parece estar justificada esta dualidad de regímenes⁷.

1. Responsabilidad del Estado conforme al Código Civil

Salvo un caso aislado, decidido por la Corte Suprema de Justicia el 17 de agosto de 1898, en el que tajantemente se afirmó la total irresponsabilidad del Estado, excepto si una ley especial ordenaba de manera expresa la obligación de indemnizar ciertos y determinados daños, desde 1896 nuestro máximo tribunal de justicia siempre ha admitido, con carácter general y absoluto, la responsabilidad de la administración pública⁸. Los fundamentos que han servido de apoyo a la jurisprudencia para ordenar la correspondiente reparación han variado, como es natural, con el tiempo. Esto no obsta para destacar tal particularidad de nuestro sistema frente al francés, construido a partir del *arrêt Blanco*, y en el cual se afirmó que la responsabilidad que pudiese incumbirle al Estado no es ni general ni absoluta y está sometida a reglas especiales, diferentes a las del Código Civil.

Entre nosotros, desde finales del siglo xix y por lo menos hasta 1962, se echó mano de los artículos 2347 y 2349 C. C., que regulan la hipótesis de responsabilidad por el hecho de las personas al cuidado o bajo dependencia de otra, para definir el tema de la responsabilidad estatal. Ello significó, con algunas variantes que luego se señalarán, que todo daño causado por un funcionario público en ejercicio de sus funciones permitía presumir que hubo culpa de la entidad comitente, ya en la elección del agente, ya en la vigilancia de su actividad, de manera que a la víctima le era suficiente, para obtener la reparación del daño, probar el hecho del agente, el perjuicio sufrido y la relación de causalidad entre aquél y éste. A su turno, la entidad estatal demandada podía exonerarse de responsabilidad, ora probando que no incurrió en culpa *in eligendo* o culpa *in vigilando*, ora que el hecho de su agente no fue culposo, salvo que el daño hubiese sido causado en ejercicio de una actividad peligrosa, caso en el cual la administración sólo podía exonerarse probando una causa extraña (art. 2356 C. C.)⁹.

Vale la pena resaltar esta uniformidad en las decisiones adoptadas por la Corte Suprema de Justicia, tanto en materia civil como en los litigios entre víctimas particulares y entidades de carácter administrativo: en los dos casos, si el dependiente causa un daño en ejercicio de una actividad peligrosa, el llamado a

⁶ Cfr. HENAO. "Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia", *cit.*, p. 733.

⁷ Cfr. DRAGO. "Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de la administración pública en Francia", *cit.*, pp. 68 a 72.

⁸ Véase DE IRISARRI RESTREPO. "La res-

ponsabilidad de la administración pública por falla o culpa del servicio en Colombia", *cit.*, pp. 148 y s.

⁹ Cfr. ALVARO PÉREZ VIVES. *Teoría general de las obligaciones*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1951, Parte 1ª, Vol. II, pp. 332 y s.

responder civilmente por ese hecho, sea un particular o el Estado, sólo puede exonerarse demostrando fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o hecho de un tercero. Se trata de una hipótesis de responsabilidad objetiva por el hecho ajeno, o, mejor, para retomar la expresión utilizada por la sala de casación civil en la famosa sentencia del 14 de marzo de 1938, de uno de los casos en que la presunción de responsabilidad establecida por el artículo 2356 C. C. tiene aplicación. Sólo que en materia contencioso administrativa, se insistiría, diríase que en forma tozuda e innecesaria, en que el artículo 2356 C. C. estableció una “presunción de culpa”, exclusivamente desvirtuable por la prueba de una causa extraña. Tal vez esto condujo, posteriormente, al Consejo de Estado a tratar todos estos casos bajo el esquema de la falla presunta del servicio. “La construcción de la culpa –dice Juan Carlos Henao– es ampliada con la de culpa presunta, que encuentra numerosas hipótesis de aplicación, sobre todo en materia de actividades peligrosas. La Corte se ampara en la aplicación del artículo 2356 C. C., previendo que ‘no establece la llamada teoría del riesgo’”¹⁰. Basta una ojeada superficial a la *Gaceta Judicial* de la época para comprobar que la culpa o diligencia del agente fue irrelevante en casos como los siguientes: daños causados por locomotoras; muerte o lesiones personales por electrocución, o causadas por vehículos automotores o en accidentes aéreos, como ocurrió en el desfile militar de Santa Ana. Con todo, hasta una época relativamente tardía dentro de este proceso evolutivo, la Corte se vio en la necesidad de reiterar, como en efecto lo hizo en sentencia de casación civil del 28 de febrero de 1958, que “las personas jurídicas responden por el daño causado en la explotación de actividades peligrosas. Jamás puede restringirse el alcance del artículo 2356 a las actividades peligrosas que desarrollan los particulares”¹¹.

En varios fallos proferidos en las décadas de los años 40 y 50 la Corte habría de atenuar algunos de los efectos desfavorables que, para las víctimas, representaba la aplicación de las reglas de la responsabilidad civil indirecta, al aceptar la teoría organicista, lo que le permitió distinguir entre funcionarios-órganos –cuyo hecho compromete directamente al ente público que representan, de tal manera que la administración, en estos casos, sólo podía exonerarse demostrando una causa extraña o alegando la prescripción de la acción, cuyo término era el ordinario de 20 años, no el especial de 3 años para los casos de responsabilidad por el hecho ajeno– y funcionarios-auxiliares –quienes no representan al ente administrativo para el cual trabajan, caso en el cual la responsabilidad de éste era indirecta y, por consiguiente, podía exonerarse demostrando ausencia de culpa en la elección o en la vigilancia, o alegando la prescripción extintiva de corto plazo ya mencionada–. Pero, en ambas hipótesis, era necesario identificar plenamente al agente causante del daño, lo que condujo a que cuando este permanecía anónimo no había responsabilidad del Estado.

2. Régimen autónomo

Si bien hasta el año 1962, la responsabilidad del Estado se fundamentó, por regla general, en las normas de la responsabilidad civil indirecta, lo cierto es que

¹⁰ HENAO. “Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia”, *cit.*, p. 740.

¹¹ Citada por JAIME VIDAL PERDOMO. *Derecho administrativo*, Bogotá, Universidad de los Andes, 1975, p. 558.

en múltiples ocasiones, a partir de la muy conocida sentencia de casación civil del 21 de agosto de 1939, la Corte buscó explicar el porqué del deber de indemnizar del Estado en principios de derecho público, esencialmente en la teoría del servicio público, desarrollada por los más importantes iuspublicistas franceses de la época (Duguit, Hauriou, Jéze, Bonnard, Duez) y por entonces en pleno auge. La razón para condenar a la administración es la falla del servicio que ha ocasionado un daño, no la culpa presunta conforme a los artículos 2347 y 2349 del Código Civil. La responsabilidad por el hecho ajeno “no es la que corresponde exactamente en tratándose de la responsabilidad civil extracontractual de personas jurídicas de derecho público, porque en estos casos no existe realmente la debilidad de autoridad o la ausencia de vigilancia y cuidado”, dijo la Corte en el fallo en mención. Y agregó: “No se puede ordinariamente, en el análisis de estos casos, aislar la culpa del funcionario encargado normalmente de accionar el servicio público de lo que es propiamente su función oficial. Generalmente son faltas de servicio que comprometen la responsabilidad de la administración, salvo, naturalmente, los casos de culpa personal del empleado que lo compromete individualmente por actividades ajenas a las funciones del servicio mismo o independientes de él”¹².

El sustento normativo de esta nueva posición, la de la falla del servicio, lo encontraría el Consejo de Estado en algunas disposiciones del Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941), fundamentalmente en los artículos 67 y 68, y en varias de la Carta de 1886, en especial el artículo 16. En efecto, en sentencia del 2 de noviembre de 1960 dijo: “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 inoperantes, en estas materias, la reglamentación del derecho privado”¹³.

Pero, a nuestro juicio, el paso definitivo en esta dirección lo daría la Sala de Casación Civil de la Corte, en la sentencia del 30 de junio de 1962, con ponencia de José J. Gómez, una de las más brillantes providencias que haya proferido esa alta corporación en todos los tiempos. Con ella se abandonaron definitivamente el criterio de la responsabilidad indirecta del Estado y la teoría organicista, que se juzga inequitativa. En adelante no será ya necesario identificar la culpa o el hecho de un funcionario determinado para poder deducirle responsabilidad al Estado; será suficiente que el servicio público al que se le achaca el daño haya funcionado irregularmente o deficientemente, para que de manera directa el Estado deba responder, pudiendo descargarse sólo con la prueba de fuerza mayor, hecho de un tercero o culpa de la víctima, no porque se esté frente a una responsabilidad objetiva, sino porque, probada la falla del servicio y el daño, la única manera de escapar es demostrando un hecho que rompa el vínculo causal. Aun a riesgo de sacrificar la brevedad, necesaria en esta clase de trabajos, permítaseme ilustrar y complementar lo afirmado con la cita de los siguientes pasajes del fallo que nos ocupa: “no juega, pues, necesariamente, el concepto de culpa de un agente identificado, porque la falla puede ser orgánica, funcional o

¹² *Gaceta Judicial*, T. XLVIII, p. 663. M. P.: HERNÁN SALAMANCA.

¹³ Citada por HENAO. “Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia”, *cit.*, pp. 745 y 746.

anónima. O, en otras palabras, la culpa del derecho común, localizada en un agente infractor según la tesis de la responsabilidad directa, vino a radicarse en el Estado, configurándose la llamada culpa de la administración”; “si el daño se produce por el hecho de un determinado agente, en ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, la administración y el agente responden solidariamente al damnificado, con acción de reembolso a favor de aquélla”; y, por último: “tales consideraciones han llevado a la Corte a reevaluar las antedichas tesis y a preferir [...] en el campo de la administración, la de las ‘fallas del servicio’, caracterizada por el deber primario del Estado de suministrar los servicios públicos y por una orientación social más adecuada a estos tiempos. Lo cual no excluye la construcción doctrinaria reiterada con apoyo en el artículo 2356 del Código Civil, sobre responsabilidad por el daño producido por actividades peligrosas, respecto de las cuales se presume la culpa de las personas naturales o jurídicas, presunciones que conducen a eximir a la víctima de probar la culpa, para contrapesar la desventajosa situación de los particulares frente a quienes se mueven en un radio de acción caracterizado por la peligrosidad o en cuyas funciones –como acontece con el Estado– figuran algunas de esta naturaleza”¹⁴.

Con la expedición del Decreto 528 de 1964 la competencia general se trasladó al Consejo de Estado, el cual no sólo afianzaría la noción de falla del servicio, como fundamento principal de la responsabilidad extracontractual del Estado, sino que construiría un variado sistema, ajustado a la necesidad de proteger adecuadamente a las víctimas, pero sin perder de vista el justo equilibrio que debe existir entre el interés particular y el interés público. En términos muy generales podríamos decir, siguiendo, a grandes rasgos, el esquema trazado por el consejero de Estado Alier Hernández –en una reciente y magistral conferencia, dictada con ocasión del Seminario Internacional sobre Jurisdicción Contencioso Administrativa y Responsabilidad del Estado, que se llevó a cabo en Bogotá entre el 7 y el 9 de noviembre de 2000, organizado por la embajada de Francia, el Consejo de Estado de Colombia y la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla–, que los regímenes de responsabilidad extracontractual del Estado, a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado, son dos: uno subjetivo, basado en la noción de falla del servicio y que constituye la regla general, con una importante atenuación, que es la noción de falla presunta; y otro objetivo, en el que la noción de falla o culpa del servicio no juega como factor determinante de la responsabilidad estatal y es de carácter excepcional.

El régimen objetivo de responsabilidad estatal comprende varias hipótesis, entre las cuales destacamos las siguientes: 1ª Riesgo excepcional; inicialmente concebida sólo para daños causados por el servicio de energía eléctrica, ha ido extendiéndose a diversas actividades peligrosas desarrolladas por el Estado, tales como la utilización de armas de fuego, de vehículos automotores y de aeronaves, lo que constituye una prueba del retroceso que, en este aspecto, supuso la ruptura en la continuidad de la jurisprudencia al perder competencia la Corte, pues al paso que para ésta, como ya se vio, estos casos debían resolverse de acuerdo con el artículo 2356 del Código Civil, esto es que sólo la prueba de una causa extraña permitía la exoneración de la administración, el Consejo de Estado, hasta no hace mucho tiempo (1992), aplicó a esta clase de actividades el régimen de falla

¹⁴ *Jurisprudencia y Doctrina*, T. IX, nº 104, pp. 621 y ss.

presunta, lo que le permitía a la entidad demandada “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”¹⁵. Hoy por hoy, el régimen de falla presunta sólo se aplica en el evento de prestación de servicios de salud, lo que constituye una ventaja evidente para la víctima, sobre todo si se compara con su situación en el terreno del derecho privado, en el que, por tratarse de una obligación de medios, siempre habrá de probarse la culpa del médico; 2ª Daño especial; tal vez la hipótesis más interesante de todas, enunciada por primera vez en 1947 y en la que el ente estatal resulta responsable del daño causado a pesar de haber actuado correctamente, dentro del ámbito de su competencia y de sus facultades, si el perjuicio es anormal, contrario al principio de la igualdad ante las cargas públicas, cuya aplicación práctica tiende a cobrar gran importancia, sobre todo para indemnizar daños causados por actos terroristas¹⁶ y por el hecho del legislador; y, por último, las hipótesis de responsabilidad por trabajos públicos y por expropiación u ocupación temporal de inmuebles en tiempo de guerra.

Para cerrar esta apretada, y probablemente incompleta, síntesis convendría concluir, parafraseando a Rolando Drago, que en Colombia los fundamentos de la responsabilidad administrativa fueron, por lo menos hasta la promulgación de la Constitución Política de 1991, la falla, probada o presunta, del servicio, el riesgo proveniente del ejercicio de actividades peligrosas y la igualdad ante las cargas públicas¹⁷.

B. LA CONSTITUYENTE DE 1991

CONOCIDA DE SOBRA LA FUENTE DE inspiración de los delegatarios en lo que hace relación con este punto concreto, antes de sondear en las actas de la comisión primera la voluntad real de la Constituyente (1), conviene echar un vistazo a ese antecedente español (2).

1. *El antecedente español*

Sin duda, las fuentes normativas del artículo 90 de la Carta de 1991 fueron la ley española de expropiación forzosa de 1954 y el numeral 2 del artículo 106 de la Constitución española de 1978. En ambas se palpa la mano y el pensamiento de García de Enterría, de manera que es apenas natural que nuestra doctrina y nuestros jueces hayan acudido a la obra del gran iuspublicista para precisar su alcance y su significado. Otra cosa es determinar si, a partir de los textos, doctrinales y legales, se han logrado esos objetivos.

De entrada, conviene hacer la siguiente anotación: ni en el artículo 121 de la ley de expropiación de 1954, ni en el 106 de la Constitución española de 1978,

¹⁵ Sentencia del 20 de febrero de 1989, C. P.: ANTONIO DE IRISARRI RESTREPO, citada por TAMAYO JARAMILLO. *La Responsabilidad del Estado*, cit., p. 4.

¹⁶ Consúltense JUAN CARLOS PELÁEZ. *Reflexiones sobre los fundamentos de la jurisprudencia administrativa francesa y colombiana en*

materia de actos de terrorismo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 83 y s.

¹⁷ Cfr. DRAGO. “Algunas Reflexiones sobre la Responsabilidad de la Administración Pública en Francia”, cit., p. 75.

aparece la expresión “daño antijurídico”. Las dos normas citadas hablan, respectivamente, de “indemnizar toda lesión que resulta del funcionamiento *normal o anormal* de los servicios públicos”, y del “derecho de los particulares a obtener la reparación de la lesión sufrida, *salvo en los casos de fuerza mayor*; siempre que resulte del *funcionamiento* de los servicios públicos” (resaltamos). Así pues, el concepto de daño antijurídico es, en España, una creación doctrinal, con la que se ha pretendido explicar el paso singular de la absoluta irresponsabilidad a la responsabilidad absoluta y objetiva del Estado.

¿Cómo y porqué se llegó en España a la redacción de estas dos normas? La respuesta al interrogante hay que buscarla, al parecer, en la forma particular como el Código Civil español reglamentó el punto concreto de la responsabilidad indirecta de las personas jurídicas de derecho público y en la incapacidad de los tribunales españoles para propiciar y construir, a partir de las normas de derecho común, como ocurrió entre nosotros, o haciendo caso omiso de ellas, como lo hicieron los tribunales franceses, un sistema de responsabilidad extracontractual de la administración pública. En efecto, el artículo 1902 del Código Civil establece la regla general: toda persona responde por el daño causado por su culpa. Por su parte, el párrafo 5° del artículo 1903 señala que “la obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder: [...] 5. El Estado es responsable en este concepto cuando obra por mediación de un *agente especial, pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior*” (resaltamos).

Era la consagración legal de la irresponsabilidad del Estado, tal vez explicable por el alcance que se le daba al concepto de soberanía en la época en que se expidió el Código Civil. Frente a las normas civiles, era prácticamente imposible aceptar, como un primer paso, la responsabilidad indirecta de la administración, como sí pudo hacerse en otros países, Colombia entre ellos; tal vez lo lógico hubiera sido intentar el camino trazado por los jueces franceses a partir del *arrêt Blanco*. No ocurrió así. “El sistema, pues, no funcionaba. Solo con grandes esfuerzos y en circunstancias muy calificadas podía llegarse a condenas resarcitorias”, dice Martín-Retortillo¹⁸.

De un extremo habría de pasarse al otro. La ley de expropiación forzosa de 1954 indudablemente consagró una responsabilidad objetiva del Estado, por cuanto el juez administrativo debe ordenar la reparación del daño independientemente de si el servicio funcionó bien o mal. El artículo 106 de la Constitución de 1978 habla de indemnizar, salvo prueba de fuerza mayor, el daño causado por el funcionamiento de los servicios, sin especificar si ese funcionamiento ha debido ser anormal. Frente a esta norma, ¿es indiferente el cómo funcionó el servicio? La jurisprudencia, sobre todo la que se produjo inmediatamente después de entrar en vigencia la nueva Constitución, y un sector de la doctrina, orientado por García de Enterría, sostienen que la responsabilidad del Estado es objetiva, que lo único que la víctima tiene que probar, para triunfar en su pretensión indemnizatoria, es la lesión de un interés jurídicamente protegido y la relación

¹⁸ “Panorámica de la responsabilidad patrimonial de la administración en el derecho español”, en *La Responsabilidad de la admi-*

nistración pública en Colombia, España, Francia e Italia, cit., p. 107.

de causalidad entre esa lesión y la actividad de la administración. Pero con el paso del tiempo jurisprudencia y doctrina han dejado de ser unánimes. Garrido Falla y Pantaleón Prieto se niegan a admitir que sea irrelevante, para condenar al Estado, la manera como haya funcionado el servicio. Son múltiples los casos en que los jueces españoles niegan la reparación sobre la base de que no hubo falla del servicio¹⁹. Nada hay de raro en que en el evento de expropiación haya una responsabilidad objetiva (Ley de 1954), y ello se explica porque, frente a los llamados daños expropiatorios, hay ruptura de la igualdad ante las cargas públicas, igualdad que debe ser restablecida mediante la indemnización adecuada; pero esta regla no debe ser extendida a todas las hipótesis de lesión: en algunos casos será necesario establecer la falla del servicio; en otros, será indiferente la manera como funcionó el servicio, verbigracia, cuando la actividad administrativa creó un riesgo, o cuando hay que hacer valer el principio de la igualdad ante las cargas públicas para ordenar la reparación de un daño especial. En otras palabras, hoy en día la responsabilidad del Estado español no es siempre objetiva; como lo señala Garrido Falla, “nuestro ordenamiento positivo ampara diferentes títulos para pedir responsabilidad patrimonial a las administraciones públicas”²⁰. El sistema de responsabilidad estatal en España se ha convertido en un sistema de fundamento múltiple, tal como lo son el colombiano o el francés.

2. El artículo 90 y la Constituyente

De los veinte y tantos proyectos con los que se buscó consagrar la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos, sólo cuatro tuvieron incidencia en la redacción que finalmente se le dio al artículo 90 de la Constitución, según lo afirma Juan Carlos Henao²¹.

Una lectura desprevénida de los cuatro nos permite identificar dos características que les son comunes, a saber: 1. Los requisitos de la responsabilidad patrimonial del Estado son solo dos: el daño y la relación de causalidad con el hecho de la administración; no parece necesario determinar si la actividad causante del daño se desarrolló normal o anormalmente, es decir, si hubo o no falla del servicio. Así, en el proyecto de Juan Gómez Martínez “el Estado responderá patrimonialmente por todos los daños y perjuicios morales y materiales que ocasionare a los particulares por su acción u omisión”; en el de Juan Carlos Esguerra el Estado y el funcionario responden “de los daños injurídicos que, por acción u omisión, causen con ocasión o con pretexto de sus tareas”; en el de Helena Herrán de Montoya “El Estado es responsable por los daños causados en ejecución de los servicios y las funciones a su cargo”; y en el de José Matías Ortiz, muy interesante, porque evidencia que no es suficiente que el Estado haya simplemente causado el daño, pues no podría entenderse de otra manera la precisión que se vio obligado a hacer, en el sentido de que también debía repararse el daño resultante de la ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, caso en el cual, habiendo actuado la administración correctamente, de acuerdo con la ley, nada hay que reprocharle, se dijo: “Las autoridades deberán indemni-

¹⁹ Véase TAMAYO JARAMILLO. *Op. cit.*, pp. 40 y 41.

²⁰ Citado por TAMAYO JARAMILLO. *Op. cit.*, p. 42.

²¹ “Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia”, *cit.*, p. 764.

zar 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"; y 2. En todos los proyectos se insiste en el deber del Estado de repetir contra el funcionario público, tal vez una de las grandes preocupaciones de los delegatarios: cortar con la práctica de que, como el Estado no tiene doliente, el funcionario puede hacer lo que quiera y jamás se lo responsabiliza.

Antes de seguir adelante tal vez no estarían fuera de lugar dos observaciones adicionales. La primera es que hablar de responsabilidad por omisión, esto es, por incumplimiento de un deber específico a cargo del Estado, supone necesariamente el concepto de falla del servicio; y, la segunda, que apenas planteo como un interrogante, es la de si la calificación del daño como antijurídico, solo incluida en el proyecto de Esguerra Portocarrero, no supone la atenuación, por no decir la supresión, del carácter objetivo que aparentemente los otros proyectos querían darle a la responsabilidad estatal. Y hago la pregunta no por iconoclasta o irreverente, sino porque el concepto de daño, al estar referido a la modificación de una realidad concreta por la acción del hombre o de la naturaleza, puede ser material o inmaterial, actual o futuro, cierto o incierto, daño emergente o lucro cesante, pero no lícito o ilícito, jurídico o injurídico, pues estos últimos calificativos solo caben respecto de comportamientos.

A la Comisión Primera se presentó una propuesta integrada del siguiente tenor: "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas. La demanda podrá dirigirse indistintamente, contra el Estado, la autoridad pública o uno y otra. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños que haya sido consecuencia de la conducta culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste". Y se la justificó de la siguiente manera: "La consagración constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado se fundamenta en los criterios de la antijuridicidad del daño y la imputabilidad. De conformidad con el primero, se amplía el ámbito de la responsabilidad que la jurisprudencia ha derivado de la noción de falla en el servicio público, para darle cabida a nuevos tipos de responsabilidad, como la que se ha denominado responsabilidad por daño especial. La imputabilidad, por su parte, se refiere a la circunstancia de que no basta con la relación de causalidad material entre el daño y el agente que lo produce, sino que, además, para que surja la responsabilidad del Estado, dicho daño le debe ser jurídicamente atribuible"²². Con una motivación muy parecida, la norma fue presentada a la Plenaria²³.

El concepto de antijuridicidad del daño es el que permite, a los ojos de los ponentes, darle cabida a nuevos tipos de responsabilidad. ¡Como si la jurisprudencia, en particular la del Consejo de Estado, hubiera permanecido anclada en la falla del servicio como requisito *sine qua non* y necesario para condenar a la administración! ¿Carta de ciudadanía para el daño especial, cuando el Consejo de Estado lo había admitido desde la sentencia de julio 29 de 1947 (caso del diario *El Siglo*, forzado a no circular por las medidas legales tomadas por el Gobierno para conjurar la tentativa de golpe de Estado de 1944) y reiterado en

²² LLERAS DE LA FUENTE-MARCEL TANGARIFE TORRES. *Constitución Política de Colombia: Origen, Evolución y Vigencia*, cit., p. 361.

²³ Cfr. *ibid.*, p. 360; y HENAO. "Presentación general de la responsabilidad", cit., pp. 766 y 767.

varias oportunidades? Salta a la vista el despropósito de aquella primera justificación, puesto que, tal como se presentó, no agrega nada al sistema de responsabilidad pacientemente construido por la jurisprudencia a lo largo de muchos años. Y lo mismo puede decirse respecto del requisito de la imputabilidad, por cuanto, si no fuera suficiente la mera relación material de causalidad; si fuera necesario que además se pueda hacer un juicio de imputabilidad legal o jurídica; si, retomando el análisis clásico de Carrara, no bastara con que el juez diga a la administración: tú causaste un daño, luego debes indemnizarlo (imputación física), sino que además debe poder decirle a la administración, tú lo causaste contra la ley (imputación ilícita), esto es, porque el servicio no funcionó, o funcionó mal o a destiempo, o porque con su actividad creó un riesgo, o porque se rompió el principio de la igualdad ante las cargas públicas, no se ve claramente en qué pueda consistir “la incorporación de los más modernos criterios sobre la materia” que pretendió hacer, no sin una buena dosis de esnobismo, la Asamblea Constituyente. Que no hay nada nuevo bajo el sol se deduce de las palabras que empleó el delegatario Augusto Ramírez Ocampo en la ponencia para segundo debate en la plenaria: “La responsabilidad del Estado –dijo– como está consagrada en la norma propuesta comprende las teorías desarrolladas por el Consejo de Estado sobre responsabilidad extracontractual por falta o falla del servicio, daño especial o riesgo”²⁴.

En estas condiciones, podría concluirse que el alcance real del artículo 90 de la Constitución Política de 1991 no fue otro, pero tampoco nada más, que el darle rango constitucional al tema de la responsabilidad patrimonial del Estado y de los funcionarios públicos, las dos inútiles, puesto que la jurisprudencia había llegado a idénticos resultados sin necesidad de una norma constitucional especial.

II. DIVERSAS POSIBILIDADES INTERPRETATIVAS

PROMULGADA LA CONSTITUCIÓN, ERA LÓGICO suponer que el artículo 90 había sido incluido en el texto por algo más que el simple afán de darle jerarquía constitucional a tema tan importante y vital. La razón de ser de la norma debía ser la incorporación de un cambio radical, nada menos que la transformación de la responsabilidad del Estado en una responsabilidad objetiva. Sus intérpretes naturales, los jueces administrativos, así lo afirmaron en la época de euforia inicial. Pero a poco, al percatarse del enorme impacto que podría tener la tesis en las finanzas públicas, volvieron atrás, como el cazador que, luego de haber matado al tigre, se asusta con el cuero. Veamos, entonces, las diversas posibilidades interpretativas a partir de la jurisprudencia (A), para después intentar una exégesis con base en los conceptos clave de daño antijurídico e imputabilidad (B).

A. LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO Y DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

YA SE DIJO QUE EL PÉNDULO SE MOVIÓ hasta colocarse en la tesis extrema de la responsabilidad objetiva (1); muy rápido regresaría al punto de partida (2).

²⁴ LLERAS DE LA FUENTE y TANGARIFE TORRES. *Op. cit.*, p. 359.

1. Responsabilidad objetiva

Una familia que transitaba por una carretera sufrió perjuicios al rodar el vehículo en que viajaba y penetrar por el parabrisas de este una piedra que se había desprendido de la montaña adyacente a la vía. ¿Qué tenemos? Un daño cierto; ausencia de falla del servicio; e inimputabilidad aparente, material y jurídica, a la administración. Todo estaba dado, por consiguiente, para denegar las pretensiones de los demandantes. No fue, sin embargo, así. En la conocida sentencia del 31 de octubre 31 de 1991 el Consejo de Estado, con ponencia de Julio César Uribe Acosta, condenó a la administración a pagar los perjuicios, apoyándose, entre otras, en las siguientes razones: “Es verdad que en la ley de leyes no se define el concepto de ‘daños antijurídicos’, realidad que lleva a indagar el alcance actual del mismo. Y es la doctrina española la que lo precisa en todo su universo. Para Leguina ‘un daño será antijurídico cuando la víctima del mismo no esté obligada por imperativo explícito del ordenamiento a soportar la lesión de un interés patrimonial garantizado por la norma jurídica’ (cita de J. M. de la Cuétara. *La actividad de la administración*, Edit. Tecnos, p. 554). Dentro del anterior perfil, la responsabilidad se torna *objetiva*, pues, como lo enseña este último tratadista, ‘no se trata de ningún perjuicio *causado* antijurídicamente, sino de un *perjuicio antijurídico en sí mismo*’” (resalta el Consejo). Y más adelante: “Este nuevo enfoque de la responsabilidad administrativa en el derecho colombiano se consignó en sentencia del 27 de junio de 1991, y se reitera ahora. Fácilmente se comprende que los ciudadanos que transitan por las vías públicas no tienen por qué (*sic*) 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”²⁵. La decisión, tal vez, consulta la equidad, que es la justicia del caso concreto; pero no parece fundada en la razón. En efecto, la caída de la piedra desde las alturas es un caso clásico de fuerza mayor, un hecho imprevisible e irresistible. Si es así, nadie duda de la realización del daño; pero, ¿puede decirse que es antijurídico? Sí, se responde, porque las víctimas no tienen el deber jurídico de soportarlo. Pero si no tienen ese deber jurídico, es porque lo tiene otro, el Estado; y, ¿porqué habría de tenerlo el Estado, si ese daño no le era imputable ni física ni moralmente?

Aun cuando desde 1992, como luego se verá, el Consejo de Estado comenzó a desandar el camino, en varias oportunidades ha reiterado la tesis de la responsabilidad objetiva. Así, en sentencia del 22 de noviembre de 1991 afirmó: “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”²⁶ (resalta-

²⁵ Apartes tomados de la transcripción *in extenso* que hace TAMAYO JARAMILLO. *Op. cit.*, pp. 17 y 19. Nótese cómo, ya desde junio de 1991, es decir antes de la promulgación de la nueva Constitución, el Consejo de

Estado había dado paso a la teoría del daño antijurídico, lo que es una prueba adicional de que el artículo 90 no era necesario.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, C. P.: JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA, exp. 6784.

mos). ¿El fundamento válido de la condena, en particular en la última hipótesis señalada por la sentencia en cita, es el concepto de daño antijurídico? Claro que no. Lo es el principio de la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas, sobre el cual el mismo Consejo de Estado había construido toda la teoría del daño especial. Por último, debe mencionarse la sentencia del 24 de septiembre de 1994, en la que, con ocasión de la muerte de una señora, ocurrida cuando transitaba por la vía pública al momento de producirse el atentado contra el Director del DAS, en mayo de 1989, se dijo: “En el caso *sub-examine* el daño resulta antijurídico, porque un grupo de personas, o una sola de éstas, no tiene por qué 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 la libera del deber jurídico de indemnizar los daños que *cause* con tal motivo”²⁷ (resaltamos). Sin entrar, por ahora, a analizar el punto de la causación del daño, que el fallo en cita sitúa en la administración, lo que es un sofisma y una contraevidencia, vale la pena destacar, como característica común a estos tres casos de “suma responsabilidad objetiva”, que en todos se presentó un daño especial, para el cual, como ya se ha dicho hasta la saciedad, de mucho tiempo atrás, se tenía perfectamente definido un régimen de responsabilidad objetiva, como lo es la que se deriva de un riesgo excepcional o de una actividad peligrosa (inicialmente tratado bajo el régimen de falla presunta del servicio).

2. Régimen de fundamento múltiple

La Corte Constitucional tuvo la oportunidad de expresar su pensamiento sobre el artículo 90 de la Constitución al decidir la demanda de inexecutable del artículo 50 de la Ley 80 de 1993, acusado de desconocer el fundamento de la responsabilidad estatal, puesto que, al hablar de “abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos de la administración”, parece desplazar el punto neurálgico de la responsabilidad administrativa del daño antijurídico a la actuación antijurídica del ente estatal. Dijo lo siguiente: “Ha dicho esa misma corporación –se refiere al Consejo de Estado– que ese artículo 90 ‘es el tronco en el que encuentra fundamento la totalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado, trátase de la responsabilidad contractual o de la extracontractual’ (Consejo de Estado. Sentencia del 13 de julio de 1993, exp. 8163, C. P.: Juan de Dios Montes Hernández). Lo anterior obviamente no significa que los títulos y regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado sean idénticos en todos los campos y en todas las situaciones (*sic*), puesto que en la actual práctica jurisprudencial siguen existiendo regímenes diferenciados. Así, en determinados casos se exige la prueba de la culpa de la autoridad, en otros esta se presume, mientras que en algunos eventos de ruptura de la igualdad ante las cargas públicas la responsabilidad es objetiva. Con todo, esos regímenes quisieron ser englobados por el constituyente bajo la noción de daño antijurídico, por lo cual, 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”²⁸.

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, C. P.: JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA, exp. 8577.

²⁸ Sentencia C-333 del 1º de agosto de 1996, citada por TAMAYO JARAMILLO. *Op. cit.*, pp. 60 y 61.

Así las cosas, resulta forzoso concluir que el artículo 90 vino a dejarnos exactamente en las mismas en las que nos encontrábamos antes de la expedición de la Constitución de 1991. Eso sí, añadiendo el concepto de “daño antijurídico” que subsume, y habría que agregar: sin saberse cómo y porqué, los regímenes tradicionales de responsabilidad. En estas circunstancias, no parece inapropiado, ni exagerado, aplicar al concepto de daño antijurídico el famoso epigrama del emperador Adriano, quien tan importante fuera para la ciencia del derecho²⁹, y que decía:

*Animula vagula, blandula,
Hospes comesque corporis,
Quae nunc abibis in loca
Pallidula, rigida, nudula,
Nec, ut solis, dabis iocos...*

Ya antes de este pronunciamiento de la Corte Constitucional el propio Consejo de Estado había comenzado la tarea de sepultar este concepto, vago, pálido, rígido y desnudo, que a nadie puede complacer. De la mano del profesor y consejero de Estado Alier Hernández hagamos rápidamente el recorrido. En sentencia del 30 de junio de 1992, luego de reiterar que, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, la responsabilidad del Estado era directa y objetiva, la corporación “precisó que pueden existir hipótesis que no permiten el manejo de la responsabilidad exclusivamente desde esa perspectiva del daño antijurídico, como ocurre cuando se trata de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones de medio”; en la del 13 de julio de 1993 dio un paso adelante, al afirmar que “la responsabilidad patrimonial extracontractual de la administración continúa siendo, por regla general, de naturaleza subjetiva, ya que la falla del servicio sigue constituyendo el título jurídico de imputación por excelencia”³⁰; para concluir con la del 22 de octubre de 1997: “La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido reiterativa en cuanto a que el anteriormente citado artículo 90 de la Constitución Política no consagró una responsabilidad absolutamente objetiva y que, por el contrario, aún con base en dicha disposición la falla del servicio sigue siendo el régimen general de responsabilidad estatal, al lado del cual se reconoce la existencia de regímenes objetivos, permite indicar que bajo el fundamento del rompimiento de igualdad ante las cargas públicas no pueden indemnizarse todos los daños que sufren los particulares”³¹.

Falla del servicio, riesgo excepcional, daño especial: he ahí los fundamentos de la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano, según la jurisprudencia.

B. DAÑO ANTIJURÍDICO E IMPUTABILIDAD

COMO SE HA DICHO, DE ATENERNOS AL TEXTO del artículo 90 de la Constitución Política dos parecen ser los requisitos para configurar la responsabilidad de la

²⁹ Por orden suya, Salvio Juliano, con Celso uno de los más grandes jurisconsultos de su época y de todos los tiempos, redactó el *Edictum Perpetuum*.

³⁰ Cfr. conferencia dictada dentro del Seminario Internacional sobre Jurisdicción Contencioso Administrativa y Responsa-

bilidad del Estado, realizado en Bogotá del 7 al 9 de noviembre de 2000, bajo el auspicio de la Embajada de Francia, el Consejo de Estado Colombiano y la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, C. P.: CARLOS BETANCUR JARAMILLO, exp. 11300.

administración: daño antijurídico e imputabilidad. En definitiva, ¿qué es daño antijurídico? (1). Cuando la norma señala que el daño antijurídico debe ser imputable al Estado, ¿se refiere únicamente a una atribución material o física del mismo, o, además, exige una calificación moral de la conducta de la administración? (2).

1. Daño antijurídico

La noción de daño es prejurídica. Se trata de un dato, de un antecedente, a partir del cual se podrá hacer o no hacer un juicio de responsabilidad, según las circunstancias particulares de su origen. En otras palabras, en sentido estricto, el daño no es ni jurídico ni antijurídico; es, apenas, la mutación de un estado de cosas, el desmejoramiento o destrucción de una condición óptima o favorable, sea que provenga de un hecho natural o de un hecho humano. A partir del concepto de daño, tomado como tal, de manera aislada, es imposible definir si quien lo sufrió debe o no soportarlo. “Sólo una vez acreditado el daño –dice Fernando Hinestrosa– puede seguirse escuchando a ese reclamante o pretendiente, que lo que pretende es el daño establecido ya, sufrido por él en uno o varios intereses legítimos, que lo está afectando, que recaído sobre su ser o su patrimonio con determinadas consecuencias pretende que sea trasladado o mejor... esas consecuencias sean trasladadas a una esfera jurídica ajena. No tengo por qué soportar estos efectos del accidente, nocivos para mí, debe soportarlos usted en todo o en parte, y es donde se plantea la pregunta: ¿por qué?, ¿en razón de qué, usted no soporta su daño, sino que quiere trasladar las consecuencias a otro sujeto? Usted me demanda a mí en razón de que yo debo cargar con lo que a usted le ocurrió, ¿por qué? Entonces la respuesta será: o porque es deudor mío y me ha incumplido, o porque usted chocó conmigo, me causó ese daño y me lo causó en circunstancias que con arreglo a la ley vinculan su responsabilidad, lo hacen a usted deudor de la prestación indemnizatoria”³². Es la secuencia lógica: daño, imputación física (relación de causalidad) e imputación moral (culpabilidad, si la ley, o los jueces, por razones políticas, consideran necesario hacer un juicio de valor sobre la actuación que dio origen al perjuicio). Pero, cualquiera que sea el caso, lo cierto es que el calificativo de jurídico o antijurídico sólo puede estar referido al comportamiento causante del daño, y no al daño en sí mismo considerado.

Una vez más, ¿qué es daño antijurídico? Como ya se ha señalado, la doctrina administrativista española dice que es aquel que la víctima no está obligada a soportar; lo que significa, *a contrario sensu*, que el daño jurídico es aquel que sí tiene el deber de asumir, con cargo a su propio patrimonio. “La pregunta del desesperado –dice Tamayo Jaramillo–, es esta: ¿y cuándo la víctima tiene la obligación de soportarlo? Y la respuesta de la nueva doctrina de la reconquista española a dicha pregunta es esta: cuando el Estado tiene el derecho de causarlo. Y el ignorante con sentido común insiste: ¿y cuándo el Estado tiene el derecho de causarlo? Y es allí donde la doctrina española que pregona la nueva teoría no se explaya para delimitar el concepto. Hay una especie de silencio sospechoso de inconsistencia”³³. Más adelante se verá cómo la doctrina española, para salir de

³² “La responsabilidad civil”, en *Escritos varios*, Bogotá, 1983, pp. 680 y 681.

³³ TAMAYO JARAMILLO. *Op. cit.*, p. 31.

ese juego de palabras, que nada explica, ha tenido que acudir a la noción de imputabilidad, que es un factor externo al concepto que se trata de definir.

En alguna doctrina civilista se habla de daño justificado, esto es, de un perjuicio que la víctima debe soportar, por cuanto quien lo causó ajustó su conducta a derecho, bien porque la ley lo autorizó a actuar en la forma como lo hizo, o bien porque la víctima misma le dio la facultad de obrar en un determinado sentido³⁴. Se trata de daños que, a pesar de haber sido materialmente causados por el demandado, debe soportar la víctima, por cuanto el hecho del victimario está justificado, sea por haber actuado en cumplimiento de un deber legal; o en legítima defensa proporcionada; o por un estado de necesidad; o con el consentimiento de la víctima. Se mencionan sólo estas cuatro causales de justificación, por ser las generalmente aceptadas por la doctrina iusprivatista, la cual, a su turno, las ha tomado del derecho penal, no obstante que en este campo la lista de causales es bastante más larga, como que, a las ya mencionadas, el Código Penal vigente (art. 29 Dcto. 100 de 1980) agrega el cumplimiento de orden legítima de autoridad competente, que en el fondo queda comprendida dentro de la primera, mientras que en el nuevo Código Penal (Ley 599 de 2000), que debe regir a partir del 24 de julio de 2001, se enuncian doce (art. 32).

No cabe duda que una de las posibilidades interpretativas que abre el artículo 90 de la Constitución Política es la de intentar extraer el concepto de daño antijurídico a partir de la noción opuesta de daño justificado. En este sentido, daño antijurídico sería aquel respecto del cual el Estado no puede demostrar la existencia de alguna de las causales de justificación del hecho. ¿Cuáles serían las consecuencias, en el campo de la responsabilidad estatal, de esta manera de ver las cosas? Veámoslas esquemáticamente, comenzando por la justificación consistente en el cumplimiento de un deber jurídico.

Es obvio que, para que opere esta causal, la actuación de la administración debe encajar dentro de una autorización expresa, o tácita, pero clara, de la ley; no debe ir más allá de la letra de la ley, la cual, por lo tanto, debe ser interpretada estrictamente; y, en fin, no debe concurrir con una culpa del agente, diríamos con una falla del servicio³⁵. Desde esta perspectiva, lógica y jurídicamente, resulta imperativo concluir que cualquier daño, aun el grave y anormal, si se causa en cumplimiento de un deber legal, debe ser soportado por la víctima, por la sencilla razón de que no es antijurídico. Toda la teoría del daño especial desaparecería automáticamente.

Respecto de la legítima defensa, desde luego, como en el caso anterior, si se dan las condiciones prevenidas en la ley, a saber: agresión actual e injusta de la víctima y respuesta proporcionada, nada impide admitirla como causal de justificación en el campo del derecho administrativo, y de hecho el Consejo de Estado contempló esta posibilidad en sentencia del 28 de abril de 1976³⁶. Lo mismo podría concluirse respecto del consentimiento de la víctima, en los casos en que puede operar válidamente, en especial en materia de responsabilidad médica.

¿Qué debemos pensar en cuanto al estado de necesidad? Es bien conocido

³⁴ Cfr. CARLOS DARÍO BARRERA TAPIAS y JORGE SANTOS BALLESTEROS. *El daño justificado*, Bogotá, Javegraf, 1994, p. 13.

³⁵ Véase GHESTIN-VINEY. *Traité de droit Civil, les obligations. La responsabilité:*

conditions, París, LGDJ, 1982, pp. 666 a 672.

³⁶ Brevemente reseñada por DARÍO BARRERA TAPIAS y SANTOS BALLESTEROS. *El daño justificado*, cit., pp. 292 y 293.

que René Savatier definía esta causal como el derecho de causar un daño contra indemnización³⁷. Si, a los ojos del derecho civil, el daño está justificado pero no exime de responsabilidad a quien lo causó, no se ve cuál pueda ser la utilidad práctica de la causal en el campo privado; pero, en el terreno del derecho administrativo, ¿no podría concluirse, acaso, que, como el daño es aquí jurídico, no antijurídico, el Estado no debe responder patrimonialmente, al faltar, precisamente, ese requisito, perentoriamente exigido por el artículo 90 de la Constitución? Nada ha dicho a este propósito la jurisprudencia del Consejo de Estado, anterior o posterior a la promulgación de la Constitución de 1991. Sí lo hizo, en cambio, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 2 de octubre de 1947. Dijo en esta ocasión: “Aun admitiendo la hipótesis de que el estado de necesidad pudiera coexistir con la noción de simple culpa y constituir una circunstancia justificativa de la misma, preciso se hace delimitar su esfera de operancia al campo de las relaciones privadas, sin que sea admisible en forma alguna extenderla a las vinculaciones que se conforman entre la administración y los particulares; y esto por dos motivos tan poderosos el uno como el otro: es el primero que la administración, a diferencia de lo que ocurre en las relaciones que vinculan a los particulares, no tiene la facultad de optar entre los dos extremos que el estado de necesidad comporta [...] El segundo motivo encuentra su razón de ser en la circunstancia de que la administración desarrolla siempre su actividad material y jurídica bajo el estímulo del interés público [...] en una palabra, en que la Administración, de acuerdo con esto, opera ordinaria, normalmente, ‘en estado de necesidad’, lo que implica tanto como aceptar que si se tuviera el imperio de esa circunstancia como exonerativa de responsabilidad no podría ser nunca obligada (la administración) a indemnizar los perjuicios que el desenvolvimiento de su compleja actividad cause a los gobernados. Con la consagración de una tesis semejante se llegaría al absurdo de eliminar las bases fundamentales de la responsabilidad administrativa”³⁸.

Por consiguiente, conforme a esta postura, y salvo en la hipótesis del estado de necesidad, descartada como causal de justificación en el campo de la responsabilidad estatal, por las razones expuestas por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia que acabamos de mencionar, podríamos concluir que daño antijurídico es aquel que resulta del incumplimiento de un deber jurídico por parte del Estado, o aquel que debe asumir la víctima en razón de su propia actuación frente a los acontecimientos que produjeron el daño (agresión injusta o su consentimiento).

Salta a la vista, por otra parte, que si este entendimiento llegase a resultar válido implicaría un retroceso evidente, puesto que sería imposible darle cabida al llamado daño especial, justificado por la actuación lícita del Estado. Una vez más, la sola circunstancia de que pueda plantearse esta posibilidad interpretativa demuestra la inutilidad y, por qué no, hasta lo peligrosas que pueden resultar las intervenciones del legislador, ordinario o constituyente, en estas materias. ¿Para qué imponer una camisa de fuerza a la actividad creadora de los jueces, quienes, al menos en el caso colombiano, siempre han demostrado audacia y sentido social con ponderación?

³⁷ Cfr. GHESTIN-VINEY. *Traité de droit civil*, cit., p. 686.

³⁸ Citada por EUSTORGIO SARRIA. *Derecho administrativo*, Bogotá, Temis, 5ª ed., 1968, p. 402.

2. Imputabilidad

El segundo requisito señalado por el artículo 90 de la Constitución Política es el de que el daño antijurídico sea imputable a la actividad o inactividad del Estado. ¿Imputabilidad material? Si la respuesta fuese afirmativa, la responsabilidad del Estado sería siempre objetiva. Pero el artículo 90, a diferencia de lo que ocurre con el 106 de la Constitución española de 1978, no aclara que la única excepción al deber de indemnizar del Estado es la prueba de una fuerza mayor, o sea la ruptura del vínculo causal entre la actividad de la administración y el daño. *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. La disposición constitucional no excluye la imputabilidad moral, es decir, que la atribución del daño al Estado dependa de que el servicio haya funcionado anormalmente, de que se haya incurrido en una falla del servicio. Faltaría saber si siempre es necesaria esa imputabilidad moral.

Curiosamente, la respuesta a la pregunta planteada podemos encontrarla, precisamente, en la misma doctrina española. “La calificación de un perjuicio en justo o injusto –dice García de Enterría– depende de la existencia o no de causas de justificación (civil) en la acción personal del sujeto a quien se impute el perjuicio (?). La causa de justificación ha de ser expresa y concreta y consistirá siempre en un título jurídico que legitime el perjuicio contemplado: por ejemplo, la exacción de un impuesto, el incumplimiento de un contrato, una ejecución administrativa o procesal³⁹. Fuera de estas hipótesis, todo perjuicio o detrimento patrimonial imputable a un sujeto será una lesión, un perjuicio injusto”⁴⁰. Como puede fácilmente verse, lo que aquí “justifica” el daño causado por el Estado es la ausencia de un “título de imputación”. ¿Cuáles son esos títulos de imputación? El mismo autor señala cuatro, a saber: ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas; funcionamiento anormal del servicio (falla del servicio); riesgo creado por la administración; y enriquecimiento sin causa a favor de la administración.

De la mano de Juan Carlos Henao, cedámosle la palabra al ilustre español: “Es así –dice– 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 del 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 empr esa 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

³⁹ ¿Todos estos ejemplos no son, acaso, hipótesis de la causal de justificación “cum-

plimiento de un deber jurídico”?

⁴⁰ Citado por HENAO. *Op. cit.*, p. 774.

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”⁴¹.

Como puede verse, la doctrina española desplaza el problema de averiguar cuándo un daño es antijurídico al terreno de la imputabilidad, a la vez que resuelve el punto de la atribución del daño, utilizando en ocasiones sólo el concepto de imputabilidad material o física, como en los casos primero, tercero y cuarto, atrás mencionados; o mancomunadamente los conceptos de imputabilidad física y moral, cual ocurre en el segundo, que es “el más habitual”.

No se da, pues, la tan promovida responsabilidad objetiva del Estado. Tampoco se encuentra el fundamento de la responsabilidad de la administración pública en el concepto de daño antijurídico, que aparece como un simple juego de palabras, “puesto que por sí sólo no explica el deber reparatorio”⁴².

¿Qué podríamos concluir de lo que se deja dicho? Que la responsabilidad del Estado, como la de los particulares, está montada sobre la noción de daño, a secas, que es de hecho; que, luego de establecida su existencia, será necesario fijar la autoría del mismo, probando la conexión entre la actividad o inactividad de la administración y el daño sufrido por el reclamante, relación de causa a efecto que se desvirtúa con la demostración de una de las causales de exoneración (fuerza mayor o caso fortuito; culpa exclusiva de la víctima; y, hecho de un tercero); y, en fin, que definida la autoría, en determinadas hipótesis, por criterios de tipo político, establecidos por los jueces, de acuerdo con los tiempos y las circunstancias, será necesario demostrar que hubo una falla del servicio, salvo que ésta, en determinados casos concretos, se presuma, caso en el cual el Estado podrá exonerarse demostrando el funcionamiento normal del servicio. En todos los eventos, trátase de responsabilidad por falla del servicio, por falla presunta, por riesgo excepcional y, eventualmente, aun en la responsabilidad por daño especial, si el Estado demuestra que su actuación no ha sido antijurídica, probando alguna de las causales de justificación, según se dejó explicado, queda, también, exento de responsabilidad. Y, por último, que en Colombia, al igual que en Francia, el fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado sigue siendo múltiple (falla del servicio, riesgo y ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas). Lo que equivale a decir que nada se ganó, y que, por el contrario, mucha de la claridad que se había logrado en esta materia sí se perdió.

⁴¹ Cfr. *Ibid.*, pp. 774 y 775.

⁴² *Ibid.*, p. 775.

