LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL PATRIMONIAL DEL ESTADO: UNA MIRADA HACIA LA TEORÍA DE LA SOCIALIZACIÓN DE LOS RIESGOS EN EL ESTADO POSTMODERNO: CASO COLOMBIANO

DIANA CAROLINA CHARRY SÁNCHEZ

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN: NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO: LEY 1437 DE 2011

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO
BOGOTÁ D.C.
2017

LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL PATRIMONIAL DEL ESTADO: UNA MIRADA HACIA LA TEORÍA DE LA SOCIALIZACIÓN DE LOS RIESGOS EN EL ESTADO POSTMODERNO: CASO COLOMBIANO

Presentado por;
Diana Carolina Charry Sánchez

Línea de investigación: nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo: ley 1437 de 2011

Director de la línea de investigación;
Andrés Rodríguez Gutiérrez, Ph.D.

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO
BOGOTÁ D.C.
2017

TABLA DE CONTENIDO

PÁG.

INTRODUCCIÓN 5
I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA 9
I.I. PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN 13
II. OBJETIVOS 14
II.I OBJETIVOS GENERALES 14
II.II OBJETIVOS ESPECIFICOS 16
III. JUSTIFICACIÓN 17
IV. HIPOTESIS 18
V. MARCO TEÓRICO 19
V.I. EL CONTENCIOSO SUBJETIVO. EL RECURSO DE PLENA JURISDICCIÓN O DE CONDENA. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS 19
V.11. FONDOS DE REPARACIÓN DEL SISTEMA FRANCÉS 20
V.III. PARTE 1. DE LA POSMODERNIDAD DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO EN COLOMBIA 21
CAPITULO 1: DE LA GOBERNANZA DE LOS JUECES EN LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL EN EL ESTADO 24
VII. SECCION 1. DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA EN LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO EN ESTADO POSMODERNO 29
SECCION 2. DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS JUECES EN UN ESTADO POSMODERNO 33
CAPITULO 2. EL ROL DE LOS JUECES EN LA SOCIEDAD CONTENCIOSA: CASO COLOMBIANO 39
SECCION 1. LA INCIDENCIA DE LA CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y LA LEY 1437 DE 2011 42

SECCION 2. EL PAPEL DE LA CONSTITUCIONALIZACION EN EL JUEZ ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA.....50
PARTE 2. DE LA TEORIA DEL RIESGO SEGÚN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA: CORTE CONSTITUCIONAL Y CONSEJO DE ESTADO.....54
CAPITULO 3. TEORÍA DE LA SOCIALIZACIÓN DEL RIESGO EN FRANCIA Y SUS FONDOS DE INDEMNIZACIÓN.....58
SECCION 1. TEORÍA DE LA SOCIALIZACIÓN DE RIESGO EN COLOMBIA Y LOS FONDOS DE INDEMNIZACIÓN.....67
SECCION 2. LA TEORÍA DE LA SOCIALIZACIÓN DEL RIESGO DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS FONDOS EN COLOMBIA: FOSYGA.....75
III. CAPITULO 4. LA RESPONSABILIDAD POR RIESGO EN EL ESTADO POSMODERNO COLOMBIANO.....79
SECCION 1. LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN COLOMBIA.....87
SECCIÓN 2. LA TEORÍA DE LA SOCIALIZACIÓN DE RIESGO COMO RESPUESTA DE LA EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL EN COLOMBIA (RESPONSABILIDAD OBJETIVA: DAÑO ESPECIAL Y RIESGO EXCEPCIONAL) 98
SECCION 3. REPARACION DE LOS DAÑOS INMATERIALES DEL CONSEJO DE ESTADO (2012-2016) 113
CONCLUSIONES 122
BIBLOGRAFÍA 133

INTRODUCCIÓN

Haciendo un repaso histórico general de la responsabilidad extracontractual del Estado de Colombia, señala el Doctor Esquerra Puertocarrero,[1] que en las Constituciones de 1830 y 1832 se establecieron: "*todos los funcionarios públicos son responsables de su conducta en el ejercicio de sus funciones, conforme a la constitución y las leyes.*"[2]

Como se puede observar, que si bien la responsabilidad extracontractual del Estado no inició en cabeza propia del Estado, sí lo hizo frente a sus funcionarios, pero dicha responsabilidad fue mejor desarrollada en la Constitución de 1843 estableciendo una fórmula de responsabilidad política.[3]

El jurista colombiano Juan Carlos Henao Pérez, rastreando nuestra jurisprudencia en materia de responsabilidad del Estado encontró que la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de Colombia en Sentencia 7 de diciembre de 1864, habría ya admitido la responsabilidad patrimonial del Estado, casi 10 años antes del fallo Blanco en Francia.

El ordenamiento legal colombiano contempla frente a la responsabilidad del Estado una estructura jurídica que se determina, aplica y complementa sólo frente a la retina del juez competente, de ahí, que el análisis de la evolución de la responsabilidad vaya de la mano a la producción práctica y jurisprudencial de lo que se ha llamado el principio de reparación integral de la víctima en un Estado social de derecho.

No obstante, la inclusión de estamentos normativos en el escenario de la responsabilidad extracontractual del Estado, cuya estructura, como se mencionaba anteriormente, está construida sobre una serie compleja y complementaria de fuentes, puede en determinadas

---

[1] ESQUERRA, Portocarrero Juan Carlos. La Protección Constitucional del Ciudadano. Legis Editores. Bogotá 2010. PP. 258 - 318.
[2] Artículo 135 de la Constitución Política de 1830.
[3] Véase el Título XI de la Constitución Política de 1843 (Arts. 140 a 152).

instancias contribuir a desconocer, modificar, o separar la tendencia jurídica que en materia de reparación se ha relativamente utilizado, y poder abrirle paso a nuevas posibilidades.

Dentro de esa dimensión que se ha planteado entonces, incluso la forma de analizar la configuración de los elementos que siempre se deben abordar en materia de responsabilidad del Estado, no sólo para verificar la procedencia de los medios de control (acciones), sino para determinar el alcance de la misma, nace una nueva perspectiva que puede llegar a darle la espalda no sólo a la ley, sino a los principios constitucionales sobre los cuales reposa el alcance del régimen de responsabilidad estatal.

Dentro de la responsabilidad patrimonial, lo primero es la determinación del daño antijurídico, y lo segundo, la imputación y sus transformaciones en el mundo jurídico dentro de una sociedad moderna y de esta manera proceder a encuadrar este hecho dentro del régimen de responsabilidad extracontractual (Responsabilidad subjetiva u objetiva).

En el tema de la responsabilidad del Estado el punto relevante es la causación injusta de un daño sin que se tenga en cuenta solamente si dicho daño resulta como consecuencia de una actividad irregular (ilícita) o del ejercicio de una actuación regular (lícita) ya sea por acción u omisión de quien realice la acción dañosa. Como lo ha señalado la doctrina y la jurisprudencia, la licitud o ilicitud no se predica de la conducta de sus agentes, sino sólo del daño.

Por consiguiente, cuando el daño no puede reputarse como antijurídico, en razón a que es el resultado del ejercicio legítimo de los poderes del Estado, no se está obligado a indemnizarlo, dado que en este evento todas las personas están obligadas a asumirlo como una obligación o una carga dentro del estado social de derecho que nos ampara.

La definición de daño antijurídico, consiste en: "*la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extramatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar.*"[4]

Definición que comparte el autor Juan Carlos Esguerra Portocarrero con el tratadista Juan Carlos Henao, pero en la cual el doctor Henao complementa con lo siguiente: "*El daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil."*[5] La jurisprudencia y la doctrina han indicado unas características propias del daño antijurídico, en cuanto este deber ser: directo, personal y cierto.[6]

Otro punto relavante dentro de la presente investigación radica en el análisis del los fondos de reparación anticipada del sistema o modelo francés, y la posibilidad de asemejarlo al sistema indemnizatorio contemplado en la Ley de Victimas y en especial relación con el articulo 140 de Ley 1437 de 2011, en donde la primera fungiría como un pago anticipado dentro del sistema indemnizatorio, en sede administrativa y la segunda, cumpliría el rol en sede judicial, generando asi una reparación integral a la o las victimas (s) de los daños antijurídicos que no están en la obligación de soportar.

Este trabajo de investigación, hace alusión al modelo o sistema francés, sin embargo no pretende en ningún sentido realizar un comparativo entre los sistemas jurídicos expuestos de Colombia y Francia. Se hará mención al sistema francés, tomando el sistema como elemento de argumento comparativo, pero que sin ello implique realizar un estudio exhaustivo del sistema planteado en Francia.

---

[4] ESQUERRA, Portocarrero Juan Carlos. La Protección Constitucional del Ciudadano. Legis Editores. Bogotá 2010. P 307.
[5] HENAO, Pérez, Juan Carlos. El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del estado en derecho colombiano y francés. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1998. p. 37.
[6] GIL, Botero Enrique. Responsabilidad extracontractual del Estado.Grupo Editorial Ibañez. Bogotá, 2010.P.P 80-129.

Dentro de este trabajo de investigación, se aborda el tema de responsabilidad extracontractual del Estado colombiano. Dicho trabajo, se compone en su primera parte de un análisis doctrinal y su segunda parte, de un análisis jurisprudencial, producto de la evolución propia del tema referenciado. En su ultimo capitulo pretende enunciar los elementos y requisitos propios de la responsabilidad patrimonial en Colombia, además, utilizar ejemplos de las postura que hoy en dia ultizadas por el Consejo de Estado en materia de Daño Especial y Riesgo Excepcional. Adicionalmente, se pretende proyectar una línea jurisprudencial en relación con los denominados Daños Inmateriales establecidos por el Consejo de Estado durante el perido comprendido 2012-2016. Se responder a la pregunta de investigación de manera tacita en el desarrollo del presente escrito y de manera expresa en el capitulo de las conclusiones generales.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En Colombia el régimen extracontractual de la responsabilidad patrimonial del Estado está consagrado en el Artículo 90 de CP, que hace referencia a la clausula general de responsabilidad del Estado. Su evolución ha sido gracias a la jurisprudencia y doctrina como fuentes del derecho del ordenamiento jurídico colombiano, es aqui donde inicia el planteamiento del problema y consagrandose el deber de responder por parte de la Administración o de sus agentes.

Dentro de la responsabilidad patrimonial, lo primero es la determinación del daño antijurídico, y lo segundo, es la imputación. De esta manera, proceder a encuadrar cualquier hecho acaecido dentro de los regímenes de responsabilidad extracontractual (objetiva o subjetiva).

En el tema de la responsabilidad del Estado, el punto relevante es la causación injusta de un daño sin que se tenga en cuenta solamente dicho daño como consecuencia de una actividad irregular (ilícita) o del ejercicio de una actuación regular (licita). Como lo ha señalado la doctrina o la jurisprudencia, la licitud o ilicitud no se predica de la conducta de sus agentes sino del daño.

Por consiguiente, cuando el daño no puede reputarse como antijurídico, en razón a que es el resultado legítimo de los poderes del estado, no se está obligado a indemnizarlo, dado que en este evento todas las personas están obligadas a asumirlo como una obligación o una carga dentro de un Estado Social de Derecho.

El daño debe ser susceptible de indemnizar, pero este debe ser probado, y es el demándate quien tiene la carga de la prueba, criterio que se aplica tanto el sistema francés como en el Colombiano; sin embargo, no todo daño genera indemnización, ya que lo más importante es

que el daño ostente un título imputable al responsable, porque sin perjuicio no habría daño que indemnizar.[7]

Según el Sistema Colombiano, en su artículo 140 de la Ley 1437 de 2011, establece que:

> *En los términos del Artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado. De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma. Expresión subrayada declarada Exequible por el cargo examinado, mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-644 de 2011.*
>
> *Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública. En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño."*

En Colombia, la inclusión de este concepto dentro de la legislación administrativa deja entre ver que será el juez quien establezca el grado de responsabilidad de cada participante en la ocurrencia del hecho dañino y así mismo el porcentaje que le correspondería a cada participante para la efectividad de la reparación integral de la víctima.[8]

Se ha considerado por la doctrina y la jurisprudencia nacional[9] o internacional. Explica el Doctor Juan Carlos Henao: "*El daño debe ser probado por quien lo sufre, so pena de que no procesda indemnización.*"[10]

---

[7] HENAO, Perez Juan Carlos. El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Editorial Externado de Colombia, segunda impresión, 2007. P.P 38-40.
[8] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL entencia C-644 del 31 agosto de 2011. MP: Jorge Ivan Palacio Palacio, en relación con la expresión subrayada declarada Exequible por el cargo examinado.
[9] Tanto en la sentencias del Consejo de Estado como en las de la Corte Constitucional. "*El fallo Las Delicias"* Exp.18747 de 25 de mayo de 2011. Magistrado Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
[10] Henao, Perez Juan Carlos. El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Editorial Externado de Colombia, segunda impresión, 2007. P.39.

Por ejemplo, en la Comunidad Europea, para determinar la responsabilidad de la Administración, esta utiliza unos parametros similares que en materia de responsabilidad civil extracontractual en Colombia, los cuales son: la existencia de lesión en sentido técnico, la existencia de un título de imputación y por supuesto la relación de causalidad en el primero y el segundo para la ejecución del daño antijurídico. Ello implicar darle una mayor trascendencia a la relación de causalidad. Para esto, se ha utilizado dos preceptos, el de la causalidad adecuada o eficiente y el de la teoría de la equivalencia de las condiciones.

En Colombia, dentro del ordenamiento jurídico y con ocasión del artículo 90 de la Constitución Política se exige que se presenten tres requisitos para poder hablar de una responsabilidad patrimonial del Estado.

En primer lugar la presencia de un daño antijurídico, en segundo lugar, la existencia de una causalidad material, es decir que el daño sea efecto inmediato de la acción o de la omisión de la Administración, y finalmente la atribución jurídica del daño al Estado, en virtud de un nexo causal con el servicio. El factor de atribución del daño, falla del servicio, daño especial, riesgo excepcional, la teoría del riesgo o cualquier otro, será asunto que le corresponde determinar al juzgador, en vista de lo allegado y debidamente probado, en virtud del principio según el cual a las partes les corresponde dar los hechos y al juez otorgar el derecho.[11]

En Colombia, la implementación del modelo francés de los fondos para la indemnización de daños de las victimas causados por las actuaciones legitimas o ilegitimas del Estado, vienen desarrollándose de acuerdo a la categorización que este modelo francés tiene. Para ello, el ordenamiento jurídico colombiano ante la presencia de la existencia de un daño cierto permite al juez establecer la mínima indemnización, a pesar de que el actor no haya probado en debida forma el rubro del daño pero prima la realidad procesal del caso en concreto.[12]

---

[11] EL DAÑO ANTIJURÍDICO Y SU FUNCIÓN RESARCITORIA. Citado el 20112016. Disponible en: http://www.larepublica.co/el-da%C3%B1o-antijur%C3%ADdico-y-su-funci%C3%B3n-resarcitoria_183216.
[12] Ibíd, P.41.

En el régimen jurídico colombiano, existen fondos que reparan los daños antijurídicos producto de las actuaciones del Estado, pero que subsisten para ciertos eventos y se enmarcan, sin embargo, dentro de la primera categoría de los fondos que tiene el modelo francés (*aquellos que responden a los riesgos naturales o sociales*).

Estos fondos para Colombia son de creación por parte del órgano legislativo y de la Administración central, con recursos propios de la nación o con los dineros que se pagan al Estado como por ejemplo en el caso de la explotación de hidrocarburos.

Este modelo que se ha venido insertando en el derecho Administrativo colombiano. Lo que pretende es la minimización de los riesgos en las actuaciones del Estado, dado que es este y no otro quien actúa como garante frente a los administrados.

En este sentido, es importante decir que éste modelo no goza de eficiencia en el sistema jurídico colombiano, puesto que como se ha mencionado anteriormente en este tipo de fondos solo se encuadran determinados hechos. Existen actuaciones del Estado que generan daños antijurídicos que no se contemplan dentro esta primera categoría de fondos del modelo francés, sino que por el contrario se amparan bajo la cláusula general de responsabilidad del Estado vislumbrada en el artículo 90 de la Constitución Política colombiana y por la cual la Administración (Estado) debe responder una vez se haya determinado el elemento principal. El daño cuando se pone en funcionamiento el aparato judicial.

En Colombia no existen propiamente dicho los fondos anticipados de reparación como los existentes en el sistema francés. Lo más cercano a ello sería lo estipulado en la ley 1448 de 2011 la denominada ley de víctimas, pues aquí se habla de una reparación en sede administrativa sin que se excluya de forma taxativa una reparación en sede judicial.

Esta sería la figura contemplada en dicha ley, habla de una compensación económica de los daños sufridos con ocasión al conflicto armado colombiano. Lo cierto es que es el esquema más cercano al sistema de fondos de reparación del sistema francés.

Lo anteriormente expuesto, conlleva a una etapa de Estado posmoderno, en donde la doctrina, la jurisprudencia y el rol de juez desempeña un papel importante y donde el derecho como disciplina empieza a adaptarse a los nuevas dinámicas de las sociedad a través de la regulación de las mismas y supliendo los vacíos normativos que existe al interior de cada ordenamiento jurídico.

Para el caso colombiano y para esta investigación, lo importante radica en la evolución en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, lo cual va de la mano con la concepción de Estado Social de Derecho donde lo primordial es el individuo y sus garantías fundamentales y la constitución como marco normativo es decir, carta de navegación de ordenamiento jurídico existente.

I.I. PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN

¿Es la Ley de Victimas (L. 1448 de 2011), un fondo anticipado de reparación y cuál es su relación con el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011?

II. OBJETIVOS

A continuación se expondrán los objetivos generales y especiales de esta investigación en la cual se hace alusión al sistema contemplado en Francia, respecto de los fondos de indemnización anticipados por actuaciones ilegitimas y legitimas de la Administración; sin que esto constituya una comparación entre los dos sistemas.

II.I OBJETIVOS GENERALES

La relevancia que se trata de plantear con el objetivo general es analizar y evaluar el régimen de responsabilidad estatal Colombiano frente a la ley 1437 de 2011; hay que entender que el régimen de responsabilidad como institución jurídica es absolutamente trascendental, esto por cuanto el Estado es un persona jurídica, que al causar daños a algunos de sus administrados está sujeta a indemnizar al afectado. El régimen de responsabilidad extractual del Estado en Colombia, ha estado envuelto en una constante inestabilidad debido a poca evolución normativa con la que ha contado y su evolución que ha sido gracias a la jurisprudencia que se ha encargado de llenar esos vacíos que el legislador ha sido renuente a llenar.

Con la Ley 1437 de 2011 y con el principio de responsabilidad del Estado ya elevado a canon constitucional (artículo 90), debemos entender que esto es una garantía con la que contamos los administrados dentro de un Estado Social de Derecho y que para el Estado, es un deber, el reparar los perjuicios ocasionados tanto por sus actuaciones lícitas como las ilícitas. Resalta Augusto Morales lo siguiente, frente al tema:

> "*Con la expedición del artículo 140 de la Ley 1437 de 2011 (nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), se establece de manera perentoria que, "En 'todos' los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la 'proporción' por la cual debe responder cada una de ellas…", regulación que podría hacer pensar que es una reacción legislativa al fenómeno de la solidaridad que se ha venido aplicando en los procesos de responsabilidad extracontractual del Estado*

> *(entiéndase reparación directa), pues aquel sistema resulta más benéfico para quien sufre la lesión o daño (víctima) porque persigue directamente el patrimonio público, y no la incertidumbre que se da frente a los bienes del particular, aunque también se escuchan autorizadas voces de que ese mecanismo no desparece en tales procesos. Debe señalarse que esa "proporción" se fija, según el mismo mandato, teniendo en cuenta la influencia que se tuvo en la ocurrencia del hecho dañoso, o en la omisión que dio lugar al daño (comillas son solamente para resaltar).*
>
> *Es menester indicar así mismo, que comúnmente en las sentencias contenciosas administrativas referidas a los casos de responsabilidad extracontractual del Estado donde hay particulares involucrados y tienen que responder patrimonialmente por el daño causado a la víctima, se ha fijado el porcentaje de responsabilidad que a estos cabe, lo que no ha impedido la declaración de solidaridad."*[13]

La ley 1437 de 2011, viene con una innovación frente al principio de responsabilidad consagrándolo en su artículo 3 y predicando que la responsabilidad no solo que atribuye al Estado sino que este también es atribuible a un particular, bajo un principio de responsabilidad compartida o solidaria, entonces el cuestionamiento planteado radica en que si esta ley soluciona los problemas y los vacíos legislativos que se suscitan a través la norma a los casos venideros y si existe o no una seguridad jurídica en materia Administrativa, en especial frente al régimen de responsabilidad patrimonial en Colombia.

Finalmente, se pretende revisar cómo funciona la teoría de la socialización del riesgo en la responsabilidad extracontractual patrimonial del Estado colombiano y sus posibles limitaciones, teniendo en cuenta que esta es la nueva tendencia del derecho Administrativo y de esta manera analizar, si Estado cuenta con la capacidad de cubrir estos riesgos sin crear nuevos daños antijurídicos a los asociados, sin recaer en una irresponsabilidad estatal, en donde tantos los factores externos e internos del Estado afecte la efectividad de los fondos públicos implementado para ello.

---

[13] DIARIO LA PATRIA, Bogotá, Tomado en http: //www.lapatria.com/columnas/responsabilidad-solidaria-o-responsabilidad-compartida-ii, fecha de publicación: abril 17 de 2003.

II.II OBJETIVOS ESPECIFICOS

1. Analizar las transformaciones contenciosas administrativas en materia de responsabilidad del Estado en Colombia a partir de la Posmodernidad.

2. Analizar el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado desde el planteamiento doctrinal y jurisprudencial, a partir de algunas sentencias relevantes en materia de Responsabilidad extracontractual.

3. A partir del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado colombiano establecer cómo se configura la responsabilidad a la luz de la Teoría de la socialización del riesgo.

III. JUSTIFICACIÓN

En la actualidad no existe en Colombia fondos que contemplen riesgos derivados de las actuaciones del Estado, en los cuales el responsable no haya sido identificado, o que este a su vez se declare como insolvente y aquellos que corresponden a un vacío de la Administración, como sí sucede en el sistema francés.[14]

Las nuevas tendencias del Derecho Administrativo en cuanto a la teoría de la socialización de los riesgos (basada en modelo francés), involucra un desarrollo de los principios de eficacia, eficiencia, celeridad y de economía procesal, con el fin de reducir la carga persistente que presenta el aparato judicial en la Administración de justicia en materias de responsabilidad patrimonial del Estado. Este estudio se encargar de establecer las razones por las cuáles en Colombia no es enteramente funcional, en términos procesales, la figura jurídica de los fondos para hechos dañosos no contemplados por éstos, cuando se trate de daños antijurídicos a los que se enfrenta los administrados.

El Estado debe en este sentido permanecer a la vanguardia en cuanto a la socialización de los riesgos, no sólo en su reducción sino, en la tarea de buscar mecanismos efectivos para que estos sean previsibles, utilizando las herramientas jurídicas para regular dichas eventualidades.

---

[14] VELILLA, Morena, Marco Antonio. *in* Aproximación a la indemnización de las víctimas por vía administrativa y judicial. Memorias Seminario Franco Colombiano. Consejo de Estado. Bogotá. PP. 371-380.

IV. HIPOTESIS

1. En Colombia no existen fondos que amparen la socialización del riesgo por responsabilidad del Estado y es viable, la implantación de los fondos del modelo francés en Colombia, lo cual favorece los tiempos procesales y el derecho a la Administración de la justicia.

2. La implementación del modelo de fondos para reparación de daños antijurídicos en el régimen de responsabilidad de Estado, genera una descongestión judicial.

3. La ley de victimas (L. 1448 del 2011) materializa la teoría de la socialización del riesgo.

V. MARCO TEÓRICO

A continuación, se explican dos teorías que se utilizan en el desarrollo de este trabajo investigativo, con las cuales se pretende hacer alusión al sistema francés, pero sin que ello implique un estudio profundo de este sistema.

Las teorías aplicables al régimen de responsabilidad patrimonial que existen son extensas de enumerar pero de acuerdo a lo que se ha venido planteando la investigación abordará las relevantes en dicho asunto.

V.I. EL CONTENCIOSO SUBJETIVO. EL RECURSO DE PLENA JURISDICCIÓN O DE CONDENA. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

En el recurso de plena jurisdicción se pide a un tribunal que ejerza, no sólo el poder de anulación, sino la plenitud de sus funciones jurisdiccionales para el restablecimiento de la situación jurídica lesionada, especialmente mediante la condena al pago de sumas de dinero. En este recurso el juez va más allá de la simple anulación pues puede sancionar la conducta irregular de la Administración, ya sea acordando indemnizaciones por daños y perjuicios, ya sea sustituyendo a la Administración para adoptar una medida conforme a derecho.

Este recurso es también llamado como "*contencioso de plena jurisdicción*", posibilita el ejercicio de la plenitud de los poderes del juez, aplicando para restablecer el derecho condenas pecuniarias.

Para el tratadista Ciro Güecha, se puede asemejar el recurso de plena jurisdicción francesa al medio de control de reparación directa, dado que el primero, admite la reclamación por la actividad de la Administración como consecuencia de la responsabilidad estatal.

El profesor Guüecha, en tal sentido, expone la posición del profesor Georges Vedel respecto del poder de la jurisdicción contenciosa en materia de indemnización así: "*El contencioso de plena jurisdicción es particularmente amplio, pues comprende la mayor parte del recurso contencioso distinto al recurso por exceso de poder: todos los recursos de indemnización fundados en la responsabilidad…*"[15]

En el recurso de plena jurisdicción se pide al juez:

a) Que reconozca la existencia de un derecho;

b) Que constate que ha sido menoscabado irregularmente; y

c) Que ordene las medidas necesarias para el restablecimiento de la situación jurídica infringida. En cuanto a la legitimación, no está abierto sino al titular del derecho violado, los poderes del juez son amplios, tiende a la condenación de la Administración demandada, es un proceso entre partes y tiene los efectos relativos o inter partes propios de la cosa juzgada. Se le describe como un contencioso subjetivo porque el demandante invoca su derecho.

V.11. FONDOS DE REPARACIÓN DEL SISTEMA FRANCÉS

El autor Pouchard establece como funcionan los fondos en Francia para la reparación de daños:

> *La característica principal de los fondos es la de separar el tema de la responsabilidad de la reparación, pudiendo aún otorgarse esta última aun cuando sea posible establecer responsabilidad alguna o cuando a priori sea difícil su determinación. Hay una separación entre el autor del daño y el responsable de la indemnización; una vez esta última es efectuada, salvo excepción legal, el Fondo, sin embargo, se subroga en los derechos de la víctima y dispone de una acción de regreso contra el o los responsables.*

---

[15] GÜECHA, Ciro. Ibíd., p.261.

> *La característica principal de los fondos es separar la responsabilidad de la reparación, pudiendo otorgarse esta última aun cuando no sea posible establecer responsabilidad alguna o cuando a priori sea difícil su determinació.*[16]

Es por esto que los fondos implementados en Francia tienen dos ventajas como lo establece el profesor Pouchard: 1. hacer de la indemnización una prioridad sobre cualquier otra consideración y 2. Conservar, sin embargo, en su lugar el principio de responsabilidad, al conjugar los dos principios, el de responsabilidad y el de solidaridad y así evitar caer en la trampa de un "*derecho al cero riesgo*".

En Francia, existen tres clases de categorías de fondos, los cuales son: aquellos que responde a riesgos naturales o sociales, aquellos que corresponden a los riesgos en los cuales no ha sido identificado el responsable o es insolvente, y aquellos que corresponden a un vacío de la Administración.

V.III. PARTE 1. DE LA POSMODERNIDAD DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO EN COLOMBIA

En la actualidad, se ha venido hablando de la posmodernidad desde los siglos XIX y XX, entiendo el concepto de posmodernidad como una época de transformaciones en diferentes áreas (en el plano jurídico, cultural, económico, social etc.) referenciado hacia un modelo de Estado organizado.

De la posmodernidad podemos resaltar que se visualiza como un cambio de época, con contornos aún imprecisos, confusos y ambivalentes, en el que desaparece un criterio único de verdad tomando su lugar sistemas de valores pragmáticos, estéticos y éticos.[17]

---

[16] POCHARD, Marcel. La indemnización de víctimas bajo el fundamento del principio de solidaridad nacional. *in* Memorias Seminario Franco – Colombiano. Consejo de Estado, 2011. p. 357.

[17] GRUN, Ernesto, In El Derecho Posmoderno: un sistema lejos del equilibrio. Revista Telemática de la Filosofía del Derecho. N° 1.1997. p. 20.

El Estado moderno se ha venido formando a través de la eliminación y la absorción de los ordenamientos jurídicos superiores e inferiores existentes en aquella, por la sociedad, por medio de un proceso que podríamos denominar de monopolización de la producción jurídica.[18]

Se debe partir entonces, primero de la hipótesis que plantea el autor Jacques Chavallier en su obra: "*El Estado posmoderno*", en la cual se expresa: "*….el derecho es una producción social: todo el sistema jurídico se basa en un principio de orden, se caracteriza por una lógica, indisociable de un determinado estado de sociedad"*[19] Con este argumento expuesto se puede inferir que el derecho aparece como la personificación misma de la razón, intuyendo que las transformaciones que vive una sociedad deben ser regladas por un sistema jurídico preexistente, en donde el juez no es más que un aplicador mecánico de la ley como fuente del derecho, el cual debe acoplarse a las vicisitudes que trae consigo la era moderna.

Con ello, se puede expresar que parte de esa transformación que sufre el mundo jurídico se han ido encaminado hacia la constitucionalización del derecho Administrativo desde o con la creación del Consejo de Estado Francés en el año de 1799,[20] en donde la noción de Estado, poder, soberanía han venido mutando, generado de esta manera nuevas funciones o roles a cargo del Estado.

Esto ha conllevado a que a través del derecho se establezcan nuevos límites a los actos de poder ejercidos por las diferentes ramas del poder público. El poder, implica autoridad, es decir que exista una correlación entre el superior e inferior, basta decir que dicha relación solo es posible en virtud del cual uno está facultado para mandar y el otro está mando a obedecer dentro de una organización social.

---

[18] GRUN, Ernesto, In El Derecho Posmoderno: un sistema lejos del equilibrio. Revista Telemática de la Filosofía del Derecho. N° 1.1997. p. 20.
[19] CHAVALLIER, Jacques. El estado posmoderno. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p.p 174-175.
[20] PENAGOS, Gustavo. In Nuevas tendencias del Derecho Administrativo a principios del siglo XXI. Universitas. volumen 52. número 106. 2003.

Todos estos cambios, nos han llevado hoy a un derecho moderno, el cual esta cimentado en el individuo como depositarios de derechos (Estado social de derecho), estrechamente relacionados al iusnaturalismo. Con esto, nace la idea de que los individuos son titulares de derechos naturales e imprescriptibles ante el poder constituyente y ante quienes administran justicia como un elemento de la modernidad jurídica.

En esta sociedad de derecho, tendiente a ser garantista y dado el surgimiento de nuevas comportamientos por regular, ha generado una demanda de controversias por solucionar a través de los estrados judiciales con el fin de preservar los equilibrios sociales.

Esto ha generado crisis en el mundo jurídico pues los órganos judiciales han tenido que adoptar y definir soluciones socialmente aceptados a los conflictos presentados por los administrados, generando de esta forma en ocasiones crisis al interior de la instituciones o extralimitaciones en sus funciones, teniendo en cuenta como lo expresa el tratadista Jaime Orlando Santofimio Gamboa en su obra Tratado de derecho administrativo (2003),[21]el gran aporte del derecho francés al derecho colombiano, lo constituye los recursos del contencioso objetivo y subjetivos, los cuales serán de vital importancia para el desarrollo de esta investigación, pues con ello haremos alusión y aproximación a lo que contempla la legislación colombiana.

[21] SANTOFIMIO, Gamboa Jaime Orlando.Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III Contencioso administrativo.Universidad Externado de Colombia.Bogotá, 2003, pp.45-52.

CAPITULO 1: DE LA GOBERNANZA DE LOS JUECES EN LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL EN EL ESTADO

Uno de los grandes paradigmas del Estado posmoderno radica en el principio de gobernanza, entendido como "*Gobernanza como hecho es la referencia: arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía*" (Diccionario de la Real Academia Española (RAE)).

El concepto de gobernanza nace en Francia en el siglo XII con un sentido técnico. Los historiadores usan este término[22] con el fin de caracterizar un modelo de organización relacionado con el poder feudal. La gobernanza se caracteriza por ser una idea plural de los actores del poder.

Los efectos del principio de la gobernanza se han logrado extender a las ramas del poder público en especial, a la rama judicial y en virtud de la transformaciones propias del derecho administrativo como consecuencia de la era posmoderna.

Teniendo de presente el aporte significativo del derecho francés al derecho colombiano el cual hace referencia los recursos del contencioso, y que tanto en Francia como en Colombia se habla de una jurisdicción especial; debemos conocer que en Colombia, como lo expresa el tratadista Miguel Malagón: "*El Consejo de Estado se creó en 1815 con el acto "Reforma del Gobierno de las Provincias Unidas de la Nueva Granada" y, a lo largo del siglo XIX por motivo de las guerras civiles se fue creando y derogando varias veces hasta 1886, año en que la Regeneración –movimiento político y cultural- lo incorpora en la Constitución del mismo año*."[23] Ambos sistemas distan mucho en cuanto a su parte orgánica y/o funcional, y

---

[22] SIERRA, Cadena Grenfieth de Jesús. *In* Revista de Filosofía, Derecho y Política. N° 13. Universitas. enero del 2011. pp 67-95.

[23] MALAGÓN, Miguel. Colonialismo Cultural Francés y la Creación del Consejo de Estado en el Derecho Administrativo Colombiano. 2008. En: Universitas. Bogotá. Enero-Junio. 2008. p. 169.

en referencia a las acciones de lo contenciosas a las que contempla el esquema del derecho francés pues en Colombia son concebidas de otra forma.[24]

Ahora bien, es importante realizar una aproximación al concepto de gobierno de los jueces y su aplicación en Colombia, entiendo que su origen proviene de Estados Unidos de América cuando lo presidia Theodore Roosevelt en el año de 1903. Este concepto es comprendido como un gobierno sin legitimidad democrática, sin responsabilidad, sin responder a las demandas sociales. Este concepto fue retomado por Edouard Lambert y otros tratadistas, que a su vez hicieron afirmación en torno al concepto antes mencionado como por ejemplo, Michael Troper,[25] que manifiesta que: "*el hecho de que los jueces tomen decisiones políticas parecía una contradicción ya que los jueces no gobiernan; los jueces juzgan; los jueces se pronuncia por razones de legalidad y no de oportunidad*".

Para este autor, existen cuatro tipos de formas de reconocer cuando un Estado está inmerso en el concepto de gobierno de los jueces, esto según el artículo escrito por el profesor e investigador German Alonso López Daza en su artículo "*El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces?"*

De acuerdo con estas cuatro formas intentaremos encuadrarlas dentro de la jurisdicción Administrativa, desde la perspectiva del Consejo de Estado como órgano consultivo y de cierre.

1. Los jueces gobernarían por que disponen de una parte del poder legislativo, tesis propuesta Lambert y Kelsen. Según el autor, si los jueces pueden apartar del mundo jurídico una ley, ellos también tendría un poder legislativo. Serian legisladores negativos.

---

[24] OSPINA, Garzón Andres Fernando. De la Jurisdicción Administrativa a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo: ¿un viaje de ida y vuelta?. Universidad Externado de Colombia. 2009. p.15.
[25] TROPER, Michael. Existe-t-il un Concept de Gouvernement de Juges? Gouvernement des Juges et Democratie, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001.

2. La segunda forma se relaciona con la posibilidad de los jueces de iniciar de oficio ciertas acciones o controles como el de constitucionalidad.

3. La tercera forma hace alusión a la posibilidad de los jueces de aplicar principios vagos. Troper expone: "Si *los principios son formulados de manera precisa y no vaga, y si el juez se encuentra encerrado en su propia jurisprudencia, entonces el gobierno de los jueces no estaría aquí materializado*."[26]

4. Y por último, dice que existiría un gobierno de los jueces si este fuera en contra de la voluntad del legislador.

Para poder saber si en Colombia, es posible detectar el concepto de gobierno de los jueces materia de responsabilidad del Estado como respuesta a las transformaciones sufridas en el Estado posmoderno, es necesario buscar la casuísticas que nos permite encuadrarla.

El sistema jurídico colombiano, neo – romanista y positivista por filiación, ha asumido tradicionalmente que (i) los jueces meramente aplican la ley, sin crearla, (ii) que los pronunciamientos judiciales son importantes para ilustrar las normas positivas solo cuando estas son oscuras o ambiguas, (iii) que la obligación judicial de fallar conforme a derecho se cumple preferente o exclusivamente mediante la obediciencia a las reglas establecidas por el constituyente o legislador y (iv), como corolario de lo anterior, que los jueces están "atados" a ley pero son " independientes" frente a las sentencias judiciales con las que se han fallado casos anteriores.[27]

Ahora bien, pues frente al primer numeral, el Consejo de Estado, ejerce el control de constitucionalidad, dentro de las Acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos

---

[26] TROPER, Michael. Existe-t-il un Concept de Gouvernement de Juges? Gouvernement des Juges et Democratie, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001.
[27] LÓPEZ, Medina Diego Eduardo. El derecho de los jueces. Segunda edición. Editorial Temis, 2016, p. 3.

del gobierno nacional en cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional, de acuerdo con el numeral 2 del artículo 237 de la Constitución política.[28]

En este caso el Consejo de Estado en virtud del principio de legalidad y el principio de supremacía de la constitución realiza un control abstracto, por vía residual en los cuales no es competente la Corte Constitucional.

El Consejo de Estado, a diferencia de la Corte Constitucional, realiza por vía de acción (medios de control) un control de legalidad de los actos administrativos del Estado, en este caso estaríamos presente ante el numeral 2.

Cuando el Consejo de Estado, modifica su postura o tendencia en razón a que considera conveniente decidir de otra forma, estamos presente ante el numeral 3. Por ejemplo, cuando reiteradamente el Consejo de Estado había considerado que la falta de prueba, o la deficiencia de la prueba no era razón para imponer la sanción por inexactitud, pero tal línea jurisprudencial ha ido cambiando, desde el año 2010 la sección cuarta del Consejo de Estado ha venido emitiendo sentencias en la que se evidencia y cambio claro en su línea jurisprudencial que le ha llevado a considerar que aun cuando los valores declarados sean reales, procederá la sanción por inexactitud si las pruebas allegadas no son suficientes, o esta son ausentes (Sentencia del 28 de junio de 2010).

---

[28] Artículo 237. Son atribuciones del Consejo de Estado:
1. Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley.
2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.
3. Actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de Administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos casos que la Constitución y las leyes determinen.
En los casos de tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional, de estación o tránsito de buques o aeronaves extranjeros de guerra, en aguas o en territorio o en espacio aéreo de la nación, el gobierno debe oír previamente al Consejo de Estado.
1. Preparar y presentar proyectos de actos reformatorios de la Constitución y proyectos de ley.
2. Conocer de los casos sobre pérdida de la investidura de los congresistas, de conformidad con esta Constitución y la ley.
3. Darse su propio reglamento y ejercer las demás funciones que determine la ley.

Y finalmente, estamos presentes dentro del numeral 4 de estas teorías, cuando el Consejo de Estado, revisando acciones por inconstitucionalidad, como por ejemplo la Sentencia del 23 de junio de 2015, radicación n° 2011-00158,[29] en relación con las potestades reglamentarias otorgadas al presidente y el concepto de ley orgánica, se contraponen, en razón a que la Ley Orgánica debe ser expedida únicamente por el legislador y debe tener unidad de materia a tratar en la misma ley, para este caso el congreso de la república es único que puede expedir la Ley Orgánica de presupuesto. (Decisión adoptada por la sala 3 vs 1, es decir que, en esta precisa ocasión solo hubo un salvamento de voto conforme a la decisión adoptada por esta instacia judicial).

Tal como expresa Diego López en su obra donde expresa "*Esta teoría realista termina teniendo conecuencias sobre la imagen tradcional del juez. Conforme a la simbiologia tradicional que acompañaba al juez, esre debía ser aplicador imparcial y pasivo de las reglas prexistentes."*[30]

"El juez, no es pues imparcial o ciego frente al caso, sino que debe desplegarse la pasión de quien desee un resultado justo:

"Por naturaleza de la ocupación del juez el no puede abogar por ninguna de las partes del caso como tales, de manera que él se convierte en abogado, y muy serio, de – por asi decirlo- la situación abstracta. Siendo ahora un abogado, su mente se expande y se esfuerza y siente esa solución."[31]

---

[29] COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 23 de junio de 2015, radicación N° 2011-00150 Consejero ponente Marco Antonio Velilla Moreno, Sección Primera.
[30] LÓPEZ, Medina Diego Eduardo. El derecho de los jueces. Segunda edición. Editorial Temis, 2016, p. 315.
[31] HUTCHESON, Joseph. The judgment Intuitive: The function of the "Huch" in judicial decisión.14 Cornell Law quarterly 266 (1929), *IN* LÓPEZ, Medina Diego Eduardo. El derecho de los jueces. Segunda edición. Editorial Temis, 2016, p. 315.

Con todo esto, afirmar que el concepto del gobierno de los jueces si se permea dentro de la jurisdicción contenciosa Administrativa, en ocasiones suplantando o usurpando funciones propias del órgano legislativo.

VII. SECCION 1. DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA EN LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO EN ESTADO POSMODERNO

Los principios generales del derecho sirven de fundamento al ordenamiento jurídico, y cumplen funciones de interpretación e integración de las normas. En términos generales, podemos decir que los principios generales del derecho son un valor y/o un fundamento no legislado en los ordenamientos jurídicos. Estos además son criterios auxiliares de las fuentes del derecho.

Dentro de estos principios existentes encontramos la confianza legítima. Este principio mencionado no ha sido ajeno a las trasformaciones jurídicas; consiste en una proyección del principio de buena fe, que debe imperar en la relación entre las autoridades y los particulares o sujetos de derechos, partiendo de la necesidad que tienen los administrados de ser protegidos frente a actos arbitrarios, por parte del Estado o sus agentes.

En Colombia, la utilización de la teoría de la confianza legítima aparece por primera vez en la sentencia T-225 de 1992, recopilando posiciones de algunos tratadistas españoles entre ellos Eduardo García de Enterría; en dicha sentencia, se dio solución al conflicto presentado entre los vendedores ambulantes y la ocupación del espacio público, pues se estaba desconociendo los derechos adquiridos (permisos provenientes de la Administración local para el uso del espacio público). Aquí, la Corte simplemente adujo que la Administración local si podía adoptar nueva posturas en cuanto a la preservación del espacio público y a velar por la protección de los derechos de los trabajadores ambulante para lo que expuso: "*pero sí le obliga a dispensar su protección, en caso de alteración sensible de situaciones en cuya durabilidad podía legítimamente confiarse, a los afectados por la modificación legal, a*

quienes ha de proporcionar en todo caso tiempo y medios para reequilibrar su posición o adaptarse a la nueva situación, lo que, dicho de otro modo, implica una condena de los cambios legislativos bruscos adoptados por sorpresa y sin las cautelas aludidas". Vale la pena mencionar, que este principio no está expresamente establecido en alguna norma expresa sino que su desarrollo ha sido producto de la jurisprudencia.

La Corte Constitucional ha entendido el principio de Confianza legítima como:

> "*El principio de la confianza legítima se aplica como mecanismo para conciliar el conflicto entre los intereses público y privado, cuando la Administración ha creado expectativas favorables para el administrado y lo sorprende al eliminar súbitamente esas condiciones. Por lo tanto, la confianza que el administrado deposita en la estabilidad de la actuación de la Administración, es digna de protección y debe respetarse. Debe aclararse que la confianza o la buena fe de los administrados no se protegen garantizando la estabilidad de actos u omisiones ilegales o inconstitucionales sino a través de la compensación, no necesariamente monetaria, del bien afectado. Igualmente, este principio tampoco significa "ni donación, ni reparación, ni resarcimiento, ni indemnización, como tampoco desconocimiento del principio de interés general.*
>
> *El principio de confianza legítima tendrá tres presupuestos. En primer lugar, la necesidad de preservar de manera perentoria el interés público; en segundo lugar, una desestabilización cierta, razonable y evidente en la relación entre la Administración y los administrados; por último, la necesidad de adoptar medidas por un período transitorio que adecuen la actual situación a la nueva realidad.*
>
> *Por lo tanto, el principio de la buena fe exige a las autoridades y a los particulares mantener una coherencia en sus actuaciones, un respeto por los compromisos a los que se han obligado y una garantía de estabilidad y durabilidad de la situación que objetivamente permita esperar el cumplimiento de las reglas propias del tráfico jurídico, como quiera que "así como la Administración pública no puede ejercer sus potestades defraudando la confianza debida a quienes con ella se relacionan, tampoco el administrado puede actuar en contra de aquellas exigencias éticas.*"[32]

[32] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA T-364/99, Magistrado Ponente: Alejandro Martinez Caballero.Santa Fe de Bogotá, D.C., veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Y el principio de buena fe entendida como lo expresa el numeral 4[33] del artículo 3 de Ley 1437 de 2011, y como lo contempla la Corte Constitucional en una de sus tantas providencias; sentencia C- 1194 de 2008: "*…aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una "persona correcta (vir bonus)". Así la buena fe presupone la existencia de relaciones reciprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la "confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada"*

Al igual que la Corte Constitucional, el Consejo de Estado[34] gracias al desarrollo jurisprudencial ha establecido que cuando la Administración publica en ejercicio de sus funciones trasgrede, cambia o elimina aquellas expectativas favorables para los administrados, vulnera el principio de confianza legítima.

Ahora bien, ya se ha establecido que este principio busca la protección de los particulares para que no sean vulneradas las expectativas fundadas que se generan sobre la base de acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, y consentido expresa o tácitamente por la Administración ya sea que se trate de comportamientos activos o pasivos, regulación legal o interpretación normativa.

En la actualidad el Consejo de Estado Colombiano, ha ampliado su postura en materia de responsabilidad estatal por daños ocasionados en virtud de una ley que al ser declarada exequible cuando defrauda la confianza legítima. Con ocasión de esta tesis en varios fallos el Consejo de Estado ha condenado al legislador a pagar por los daños generados a los administrados en virtud de la cláusula general de responsabilidad estatal (artículo 90 superior). Con el fin de explicar un poco mejor esta perspectiva es menester traer al presente estudio algunos fallos relevantes. El primero de ellos, es la sentencia C-992 del 2001, a través

---

[33] 4. En virtud del principio de buena fe, las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes.

[34] Sentencia, del Consejo de Estado del 22 de julio de 2006, expediente. 2000-00168-01.

de ese fallo, la Corte Constitucional declaró inexequibles los artículos 56 y 57 de la Ley 633 del 2000, que crearon la obligación de liquidar y pagar la tasa especial por servicios aduaneros, al considerar que no existía determinación en el contenido de los mismos y en la manera como el gravamen era vinculado; el segundo, se remonta recientemente al Consejo de Estado, en dicho fallo (expediente 26689), condenó al Congreso a pagar más de 300 millones de pesos a una empresa, por falla en el servicio al expedir los artículos 56 y 57 de la Ley 633, y el tercer caso, hace referencia a la sentencia del pasado 3 de marzo de 2014 (expediente 28741), en donde la misma corporación condenó al Legislativo a pagar 1.500 millones de pesos, al declararlo responsable del daño antijurídico causado por el cobro de la tasa especial por servicios aduaneros a la multinacional Goodyear, debido a la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley 633.

En estos tres casos, mencionados, tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional, han coincidido que en virtud de la expedición de dicha ley referenciada anteriormente se llevó a cabo un pago de un impuesto inconstitucional el cual produjo un daño antijurídico y el cual es atribuible al legislador en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, pues esta cláusula general de responsabilidad simplemente expresa que todas las autoridades públicas, deben cumplir la funciones encomendadas a través de la Constitución, incluyendo las ramas del poder público, razón la por cual si se puede predicar la responsabilidad en virtud de la actividad del legislador, puesto que entonces en este caso, el legislador estaría en sus derecho de vulnerar los intereses de los administrado y generar una obligación que debe soportar e los administrados y de esta forma generaría una trasgresión a los establecido en el artículo 13 de la Constitución Política Colombiana .

Así las cosas, la vulneración del principio de confianza, es generador, hoy en de responsabilidad proveniente del legislador. Es decir que el legislador responderá por falla del servicios (leyes exequible), daño especial (leyes exequibles que desconocen derecho adquiridos y rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas) y la referida

infracción de confianza legítima (leyes exequibles que vulneren las expectativas y los estados de confianza).[35]

Es por esta razón, que en virtud de las fluctuaciones constantes del derecho, pues con esta nueva postura vista como una innovación jurídica, el Estado en muy pocas ocasiones no sería responsable por su actividad legislativa. Lo cierto es que con esta innovación jurídica, se entraría a replantear la materialización del daño antijurídico y sus elementos.

Adicionalmente, el Estado debe tener claridad en cuanto a qué actos o hechos se encuentra fundado o cimentados bajo la confianza para de esta manera adecuar sus actividades a futuras posturas inicial y de esta manera evitar la vulneración del principio de confianza legítima depositada por el particular en cuanto a la postura inicial, y que adicionalmente, en sus actos posteriores, pues la Administración actué de manera coherente y armónica en la expedición de sus actos brindado garantías transitorias con el fin de que los administrados se adapten a las nuevas situaciones existentes.

SECCION 2. DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS JUECES EN UN ESTADO POSMODERNO

Para entender este capítulo es necesario remontarnos en primera medida al significado del concepto de discrecionalidad y posteriormente, la acepción de discrecionalidad administrativa. El primero hace referencia, según el diccionario de la Real academia Española, a "*Cualidad de discrecional",* y en segundo concepto, discrecionalidad administrativa, se refiere a que la discrecionalidad administrativa no es más que una potestad discrecional que tiene la Administración y los jueces; que brinda un cierto margen de libertad para que la autoridad, habiendo valorado de manera subjetiva una situación, decida cómo hacer ejercicio de sus potestades en un caso concreto, sin exceder los límites establecidos en

[35] REVISTA ÁMBITO JURÍDICO. La confianza defraudada por la expedición de leyes. Número 55, *In*. 6 a 19 de junio de 2016.

la constitución y la ley, y sin llegar a estar en presencia de la arbitrariedad por parte de los operadores jurídicos.[36]

En algunos sistemas jurídicos europeos no han sido ajenos a este concepto, en relación con ellos podemos exponer lo que sucede por ejemplo, en la doctrina italiana, el tratadista C. Marzuoli, afirma que: "*la discrecionalidad consiste en la determinación de aquella decisión que, en un supuesto fáctico concreto, debe adoptarse para alcanzar la satisfacción del interés público, recurriendo al efecto a una comparación y atribución de valor a los distintos intereses involucrados en el supuesto examinado*"[37] en España, el autor J.A. García – Trevijano Fos, expone que la discrecionalidad es ante todo una "*ponderación valorativa entre intereses*"[38]

En el sistema francés, el concepto de discrecionalidad, está ligado al control de los actos políticos o de gobierno, con sujeción al principio de legalidad y con relación al principio de separación del poder.[39] Algunos tratadistas contemplan la idea de que lo discrecional tiene su origen el contencioso administrativo francés, con lo cual se pretendía consolidar el control sobre el poder. Este concepto de la discrecionalidad administrativa de los jueces, debe ser observada con mucho detenimiento, en pues en marco de las transformaciones que sufre el mundo jurídico, esta debe ser contemplada como un límite o un control a dichos operadores de la norma en aras de preservar el interés general, si bien es cierto que los jueces solo esta sometidos al imperio de la ley, ellos no son más que aplicadores mecánicos de lo que

---

[36] DISCRECIONALIDAD. Citado el 22112016. Disponible en: http://lema.rae.es/dpd/srv/search?key=discrecionalidad

[37] MARIN, Hernández Hugo Alberto. Discrecionalidad Administrativa. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2012. p 153.

[38] Ibíd., p.153.

[39] Según el tratadista Miguel Malagón en su texto jurídico: "*la revolución francesa y el derecho administrativo francés.invencion de la teoría del acto político y su ausencia de control judicial*", expone que para Norberto Bobbio, la función del juez imparcial es desarrollada en la sociedad política eminentemente por aquellos que hacen las leyes, por que un juez imparcial puede existir solo en la medida en que existan leyes generales establecidas en modo constante y uniforme para todos. Por lo tanto el poder judicial no se distingue, no tiene una razón particular para distinguirse, respecto a la función de establecer quien está equivocado y quien tiene la razón, del poder legislativo. Legisladores y jueces tienen la misma función: establecer derecho, esto es las reglas de convivencia.

establece nuestro ordenamiento jurídico al caso concreto. El juez debe entrar a mirar los elementos facticos, pero como es bien sabido en ocasiones en el derecho como herramienta de un Estado Social de Derecho no se encuentra norma que se ajuste al cada caso en particular. Pues bien es aquí donde el juez con base en raciocinios y argumentos debe ir más allá de lo que las normas jurídicas estables, con lo cual en ocasiones genera decisiones contrapuesta. Es por esto, que en ocasiones el poder judicial busca llenar los vacíos propios del legislador apartándose de su competencia. Este concepto lo podemos ver aplicado en las autoridades que administran justicia, cuando por ejemplo, se aparta del figura del precedente judicial, ese acto de apartarse de aplicar el presente judicial como fuente del derecho se convierte en un acto discrecional, en el cual el juez emite una sentencia, para el caso concreto, pero además exponiendo sus razones juridicas en la sentencia del por qué se aparta del presente judicial.

Se debe entender que la discrecionalidad nunca es absoluta,[40] pues establece una serie de elementos que por lo general siempre son reglados. Para algunos tratadistas españoles como por ejemplo el profesor García de Enterría, entre otros, establece la discrecionalidad como un fenómeno que se da como consecuencia de la relación entre la actividad de la Administración y la ley, con lo cual surge ambigüedades dentro de la Administración al encontrarse frente a la elección de una solución, entre las muchas otras posibles soluciones a un caso en concreto. [41] Esto surge en mundo jurídico porque en ocasiones el derecho como herramienta y como parte de una organización social que está cimentado bajo el principio de justicia, muchas veces no logra dar soluciones a diversos problemas, por los cuales otorga facultades tanto interpretativas como de decisión, entre estas, esa facultad de la discrecionalidad.

---

[40] COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia SU- 917 de 2010, MP: Jorge Iván Palacio Palacio "*La discrecionalidad que excepcionalmente otorga la ley nunca es absoluta, con lo cual se evita que se confunda con la arbitrariedad y el capricho del funcionario. La discrecionalidad relativa atenúa entonces la exigencia de motivación de ciertos actos, aun cuando no libera al funcionario del deber de obrar conforme a los principios constitucionales y legales que rigen la función administrativa y podrían dar lugar a la nulidad de actos por desviación de poder o por las causales previstas en el artículo 84 del CCA."*

[41] MARIN, Hernández Hugo Alberto. Discrecionalidad Administrativa. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2012. p 167.

Pero, *¿por qué surge la discrecionalidad administrativa*? Básicamente, este fenómeno jurídico tiene su origen con ocasión de varios factores, una de ellas como lo establece el tratadista Hugo Alberto Marin, radica en: "… *un aumento de la dificultad de la tarea normativa dada la rapidez de los cambios sociales y técnicos, así como la complejidad y prácticamente imposible compresión de todas las variables sociales en juego*..."[42]

Ahora bien, el derecho administrativo impone límites o controles y condiciones estrictas para el ejercicio de las potestades y prerrogativas que tiene la Administración. De tal suerte que, no solo arroga poderes a la Administración para que salvaguarde los intereses de la colectividad, sino que reconoce también derechos a los ciudadanos en sus relaciones con la Administración. En un Estado de derecho la legislación administrativa es igualmente garante de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.

Como se ha expuesto en el presente estudio de investigación, la Administración Pública desarrolla su actividad con sujeción a lo dispuesto en la Constitución y la ley; pero el rigor de dicha sujeción varía en la medida en que aquellas limitan dicha actividad.

En el ordenamiento jurídico colombiano, tanto la jurisprudencia como la doctrina han señalado que la facultad discrecional no es absoluta ni ilimitada, pues de serlo, quebrantaría el principio rector de la legalidad de los actos, cimiento del Estado de derecho. En la legislación, ningún acto de la Administración se encuentra libre de control de legalidad por la jurisdicción contencioso administrativa, debido a que, discrecionalidad debe no concebirse como arbitrariedad. Cualquier proceso de interpretación de la legalidad de un acto nacido del ejercicio de potestades discrecionales implica en primer término un acercamiento con el bloque de legalidad y que por lo general involucra un análisis de necesaria consideración causal, el cual requiere una interpretación de acuerdo al ordenamiento jurídico que esa debe

---

[42] MARIN, Hernández Hugo Alberto. Discrecionalidad Administrativa. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2012. p 149.

observar y aplicar.[43] Por otro lado, implica estudiar la finalidad de interés público que al órgano respectivo pueda corresponder, lo mismo que una identificación del grado de apertura interpretativa, que la norma le permita al funcionario.

En Colombia en materia administrativa, exige que al expedir un acto administrativo, exista identificación entre la decisión que se adopta y la finalidad de la norma que le sirve de sustento y que adicionalmente haya proporcionalidad entre la decisión y los hechos que le sirven de causa. Cuando se realiza la anterior actividad estamos inmerso dentro del principio que la doctrina denomina principio de razonabilidad, el cual consiste en expresar los motivos que llevan a la Administración a tomar una decisión, partiendo del contenido de la norma discrecional y llegando a la realidad fáctica.

Ahora bien, es sabido que la potestad discrecional va de la mano con el principio de legalidad, entendido como el respeto por el ordenamiento jurídico preestablecido. De acuerdo al principio de legalidad,[44] y la Ley 1437 de 2011, la Administración no debe limitar su actividad a aplicar la Ley como un operador mecánico de ella a través simples deducciones, se trata de darle una mayor trascendencia a la interpretación que se realiza de las normas al momento de su aplicación al caso concreto. Es aquí donde la Administración juega un rol destacado como operador jurídico y para ello debe tomar en cuenta valores y principios constitucionales, siendo la Constitución, la carta de navegación. La Administración debe propender tomar decisiones conforme a la Constitución, la ley y los reglamentos; así mismo, debe decidir conforme a la jurisprudencia de las altas cortes con miras a una la protección efectiva de los derechos de los administrados.

La Administración es la responsable de garantizar, respetar y hacer cumplir los derechos de los administrados, teniendo en cuenta las particularidades de caso concreto, y enfrentarse a la búsqueda de soluciones adecuadas para casos especiales que muchas veces no encajan en

---

[43] SANTOFIMIO, Gamboa. op.cit., pp. 45 – 52.
[44] De acuerdo a lo establece en los artículo 6 y 29 de nuestra Constitución Política.

la generalidad de la norma, generando de esta manera lagunas jurídica o aplicaciones analógica, y en ese mismo sentido, procurando resolver de la misma manera forma los casos iguales, aplicando el principio de igualdad en las decisiones administrativas.

La Ley 1437 de 2011, restringe en gran medida la discrecionalidad en las decisiones administrativas,[45] con el fin de garantizar la protección de los derechos fundamentales, toda vez que condiciona la toma de decisiones administrativas a que las mismas sean motivadas, y expedidas conformes al ordenamiento Constitución, ley, reglamentos y principios. En la actualidad, la potestad discrecional es hoy, posiblemente, el eje de la problemática del Derecho Administrativo, y su control por parte de los jueces, el núcleo de dicha problemática, pues como se ha expuesto a lo largo de este capítulo, la discrecionalidad es un concepto que ha ido variando a través del tiempo y en aras de las trasformaciones y modernizaciones del Estado a través de la Administración pública lo que se pretende es un acoplamiento o articulación de estas situación con el ordenamiento jurídico de tal forma que habría una orientación de las actuación del Estado, el cual traería consigo como consecuencia un mayor acatamiento de la jurisprudencia de las altas cortes como órganos de cierre en cada jurisdicción y de la doctrina existente.

---

[45] Ley 1437 de 2011, artículo 44. DECISIONES DISCRECIONALES. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa. Con ello, explica el tratadista José Luis Benavides lo siguiente: "Esta norma, que regula en forma general el espinoso tema de la discrecionalidad administrativa, es idéntico a la contenida en el artículo 36 de CCA.
Continuación Nota 81:
Sobre el particular la Corte Constitucional ha sostenido que la potestad discrecional que tienen los agentes de la Administración se encuentra limitada por los preceptos de orden superior relacionados con la búsqueda de los fines esenciales del Estado, de que trata el artículo 2 C.P. (Sentencia C-031/95).
Por su parte el Consejo de Estado ha sostenido que el principio de proporcionalidad, expresamente invocado en esta norma, no solo sirve como sustento y justificación de las actuaciones de la Administración si no que, además, constituye una herramienta trascendental para efectos del control judicial respectivo del acto (CE: E., secc.III, sent. 13/11/08, exp.17009).
El legislador en su artículo 44, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, hace alusión a las decisiones discrecionales, estableciendo que en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

CAPITULO 2. EL ROL DE LOS JUECES EN LA SOCIEDAD CONTENCIOSA: CASO COLOMBIANO

Con la expedición de la Constitución Política de 1991 y el cambio de modelo de Estado de derecho al Estado social de derecho establecido en la constitución colombiana, se introdujeron varios principios rectores que obliga al Estado, a establecer fines y generar autonomía, bienestar social, equidad e igualdad social; "*El Estado social de derecho se erige sobre valores tradicionales de libertad, la igualdad y la seguridad, pero su propósito principal es procurar las condiciones materiales generales para lograr su efectividad y la adecuada integración socia.*",[46] aquí se observa al ser humano como pilar fundamental dentro de este modelo de Estado, entra a ser el centro y finalidad de la acción estatal.

Adicionalmente, se plantean la existencia de teorías de responsabilidad extracontractual del Estado producto del desarrollo jurisprudencial de quienes administran justicia bajo las cuales el Estado como persona jurídica entra a ser sujeto de responsabilidad por los perjuicios y daños que se producen en relación con su actuación pública y es así como a partir de la Constitución Politica de 1991, se introduce el artículo 90, la clausula general de responsabilidad extracontractual del Estado.

Tal como expresa el tratadista Hugo Arenas Mendoza, *"Con la expedcion de la Constitucion Politica de 1991, en el articulo 90 se eleva a rango constitucional la responsabilidad estatal y con la entrada en vigencia del Nuevo Codio de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de 2011 se fotalece la pretensión de reparación directa y se incluye la posibilidad de que el Consejo de Estado pueda crear sentencias de unificación."*[47]

---

[46] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-566 del 30 noviembre de 1995 Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[47] ARENAS, Mendoza Hugo Andres. La responsabilidad extracontractual del Estado a partir de la constitución de 1991 *In* Instituciones de Derecho Administrativo, Tomo II Responsabilidad, contratos y procesal. Editorial Ibañez. Bogota, 2016, p.28.

En un Estado social de derecho como el colombiano, con una constitución garantista, humanista y fundada en la primacía de la dignidad humana; es aquí donde se observa la función del Estado como garante frente al ciudadano de acuerdo a las actuaciones regulares e irregulares, ya sean estas licitas o ilícitas, realizadas a través de los agentes del Estado.

Hoy en día las sociedades modernas, se encuentran sometidas a constantes movimientos y transformaciones donde se enfrentan a nuevo retos. El derecho cumple una función estabilizadora que le es inherente, y es por esto que las sociedades contenciosas son flexibles a los nuevos retos dentro de un sistema jurídico, acompañado del principio de la confianza legítima, de la seguridad jurídica y sin dejar de a un lado el principio de legalidad.

Estas nuevas transformaciones que sufren las sociedades contenciosas, girar en torno a varios pilar fundamentales en el mundo jurídico, el primero de ellos, es el papel de la jurisprudencia, aquí los que administran justician son los principales protagonistas del progreso del derecho. Segundo pilar es la función de la doctrina, contemplada como la investigación jurídica significa y supone observar analíticamente el presente y reflexionar sobre los necesarios avances del derecho, incorporando conocimientos provenientes de las ciencias auxiliares, con la ayuda de un método apropiado y finalmente el ejecutivo, como un factor de renovación del Derecho administrativo.[48]

Estos pilares tan relevantes para el derecho, son el desarrollo de los nuevos factores de un mundo globalizado, que permea todas esferas de un Estado Social de Derecho como el contemplado en Colombia. Estos cambios o fluctuaciones son el resultados en ocasiones a la nuevas visiones o concepciones, en el caso colombiano, una nueva perspectiva de la Constitución Política de 1991, especial, en lo ateniente al artículo 90 superior, la cláusula general de responsabilidad y como lo expresa el autor Hugo Arenas: "*De igual forma, la Consitucion permite imputar responsabilidad al Estado por cualquiera de sus actuaciones u*

[48] BARNES, Javier. Innovación y reforma en el derecho administrativo. Editorial Derecho Global, Sevilla, 2006, p.p 21-25.

omisones, sin importar si el comportamiento proviene de otra rama del poder o de u particular que cumpla funciones publicas.

Adicionalmente, es cara la existencia de dos títulos de imputación, a partir de los cuales se le puede atribuir responsabilidad a la Administración que son: el subjetivo (como regla genral) y el objetivo (en las situacuies de daño especial o riesgo excepcional)."[49]

Esto, conlleva a una Colombia identificada primordialmente por la inclusión de un conjunto de elementos materiales en la Constitución, dejando de ser ésta exclusivamente una forma de organización del poder o de establecimiento de competencias para dirigirse a la concreción de una serie de fines estatales.

Con todos estos nuevos horizontes del mundo jurídico, de una manera paulatina las sociedades contenciosas, se empiezan a enmarcar en lo que hoy denominamos como consitucionalizacion[50] o neoconstitucionalismo. La primera es concebida como ideología que limita el poder y la segunda como una teoría, en donde ha una sobre valoración de la consitucion, concebida de una parte desde una moral de los derechos subjetivos[51] y consideran que si se quiere actuar como un sujeto racional entonces es indispensable vivir dentro de un régimen de democracia representativa, un régimen que garantice las mismas

---

[49] ARENAS, Mendoza Hugo Andres. La responsabilidad extracontractual del Estado a partir de la constitución de 1991 *In* Instituciones de Derecho Administrativo, Tomo II Responsabilida, contratos y procesal. Editorial Ibañez. Bogota, 2016, p.29

[50] La constitucionalización tiene varios rasgos esenciales para un ordenamiento jurídico constitucional, como son: 1). La existencia de una constitución rígida. 2). La garantía jurisdiccional de la constitución. 3). La fuerza vinculante de la constitución. 4). La sobreinterpretacion del ordenamiento constitucional, ello con interpretaciones extensivas. 5). La aplicación indirecta de las normas constitucionales. 6). Interpretación conforme a las leyes. 7). Influencia de la constitución sobre las relaciones jurídicas. Estos rasgos fueron extraídos de la ponencia que el profesor Miguel Carbonell Sánchez, realizó en el Congreso Internacional de Derecho y Sociedad, realizado en la ciudad de Manizales en el año 2007. A su vez el profesor Carbonell, cita a R. Guastiní, Estudios de Teoría Constitucional .México: Distribuciones Fontamara, Universidad Nacional Autónoma de México. Páginas 273. A su vez el profesor Comanducci, también cita a Guastini en la página 95, con respecto al tema explicado.

[51] Como los que establece Kant, en cuanto a los derechos subjetivos, como por ejemplo la libertad como presupuesto de autonomía, entidad como la voluntad que tiene los seres humanos, moral y el derecho como esa forma de regular esas libertades.

posibilidades de autonomía para todos sin exclusión y que justamente toma a este conjunto de bienes básicos como los requisitos esenciales para poder desarrollar la autonomía.

Finalmente, los administradores de justicia, se verán obligados a ser consecuentes con base a los principios establecido en la carta de navegación (constitución como norma de normas) y resolver o legislar siempre a favor de la defensa de los bienes básico.

SECCION 1. LA INCIDENCIA DE LA CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y LA LEY 1437 DE 2011

En Colombia el máximo órgano del cierre es el Consejo de Estado, cabeza de este alto tribunal se encuentran grandes potestades de la justicia colombiana. Este órgano de cierre ha venido evolucionando pasando de ser un órgano meramente consultivo a ser un órgano el cual propender por garantizar los derechos constitucionales de los administrados.

Esto gracias a las funciones juridiccionales que le fueron otorgadas al Consejo de Estado en 1914, teniendo competencia puntual sobre los daños causados en consecuencia de las guerras civiles y de ese modo, la Corte Suprema de Justicia se ocupará de las generalidad de los casos, esto es lo que expone el tradista Hugo Arenas en su obra.[52]

Esta ley trae consigo avances en varios aspectos novedosos como por ejemplo la figura de la extensión de la jurisprudencia, con fin de disminuir la congestión judicial, lo referente al derecho de petición, la implementación de medios electrónicos, el precedente judicial como fuente de derecho, la consagración de un procedimiento administrativo general a falta de un procedimiento especial y la judicialización del principio de responsabilidad entre otros

---

[52] ARENAS, Mendoza Hugo Andres. La responsabilidad extracontractual del Estado a partir de la constitución de 1991 *In* Instituciones de Derecho Administrativo, Tomo II Responsabilidad, contratos y procesal. Editorial Ibañez. Bogota, 2016, p.p 27-28.

aspectos relevantes que caminan de la mano con el denominado principio de legalidad dentro del ordenamiento jurídico Colombia.

Para efectos de este estudio se aborda el tema desde la perspectiva de la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano, a partir del numeral 7 del artículo 3 y articulo 140 de la Ley 1437.

La responsabilidad extracontractual del Estado no ha sido un logro gratuito y pleno, su obtención ha sido tardía y su desarrollo ha sido lento y progresivo; con la nueva reforma al Código Contencioso Administrativo se planteó un cambio sustancial del concepto de responsabilidad del Estado, en el cual, la responsabilidad del Estado contemplada en el Decreto Ley 01 de 1984, fuese colocada en un plano cartesiano, la responsabilidad sería de noventa grados como máximo, y con la nueva reforma, la responsabilidad del Estado se reduciría a un ángulo de tan sólo de 45 grados.

Ahora bien, no por el hecho de hablar de reducción de la responsabilidad del Estado se tenga que entender que se está bajo el concepto de un Estado irresponsable, tendríamos entonces se tendría que examinar si los argumentos son razonables para justificar la atenuación de la función vital entre persona jurídica y sus agentes,[53] ya que esta consiste en que la responsabilidad del Estado debe ser directa, esto es, sin distinciones entre las personas naturales que ejecutan las tareas públicas y del ente ideal – Estado; partiendo del hecho que la culpa es siempre se predica de este y no de aquellos.

También es importante considerar que si bien el Estado es una entidad que debe responder ante los administrados, ello no implica que en su responsabilidad directa termine convirtiendo a sus agentes en irresponsables en su relación directa con las víctimas, es decir, dejando el

[53] COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 30 de junio 1962 de Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente. José Gómez (derecho colombiano tomo IX No. 48 p.388)

Estado parcialmente a un lado la acción de repetición, y vinculándolos directamente con las víctimas.

Este esquema de responsabilidad ha sido consagrado en la constitución de Weimar; en su artículo 131 que establece: *"Si en el ejercicio de la potestad pública a él confiada el funcionario infringe los deberes que el cargo le impone frente a terceros la responsabilidad alcanza por principio al Estado o a la corporación cuyo servicio se hallase el funcionario*". Obsérvese que el vínculo inescindible entre la persona natural y jurídica se basa en la confianza de los deberes que el cargo le impone frente a terceros.

Lo que interesa históricamente para el presente trabajo es que la responsabilidad directa del Estado de que la se hablaba en el Decreto Ley 01 de 1984 consiste en una irregularidad propia del desempeño de una tarea pública y no en una culpa de índole puramente personal del funcionario como ser humano.

Con relación a la reforma de la responsabilidad del Estado, esta ha variado en dos puntos; el primero consiste, en un análisis crítico, ya que la responsabilidad del Estado no es aplicable ampliamente por el desempeño del funcionario o agente en una tarea publica que el Estado le ha encomendado, sino que ahora la responsabilidad del daño a cargo del Estado, será conforme a las expresas instrucciones dadas para el cumplimiento de esas tareas públicas encomendadas, luego si, para desempeñar dicha tarea pública la autoridad o el agente se sale de las instrucciones precisas; empleando la discrecionalidad en la operación para obtener con prontitud los fines alcanzados, este asumiría los daños ocasionados con su eventual conducta en su totalidad; y como segundo punto, en caso de generar un daño antijurídico conforme a las instrucciones dadas, la entidad no será la directamente responsable por la totalidad del daño, sino que, se entrará a responder solidariamente con el actor, tasando el grado de su culpa e injerencia en el daño antijurídico, haciéndolo responder directamente con su parte económica por el daño ocasionado.

El Estado antes de la reforma era el primer obligado a esa reparación, así estuviera comprometida la responsabilidad personal del agente que obró o debió obrar en su nombre y que, en ese trance, incurrió en dolo o culpa grave siempre que se esté dentro de la prestación del servicio o con ocasión a esta; ahora con la reforma el agente que haya obrado con mala fe o con grave negligencia, por fuera o por dentro de las instrucciones precisas para desempeñar las tareas públicas deberá este participar directamente en la reparación del daño en conjunto con el Estado, y será el juez quien graduará la responsabilidad mayor de uno o del otro, teniendo en cuenta que entre más se aleja el funcionario o particular de las instrucciones impartidas del desempeño de tareas públicas mayor será su responsabilidad, de igual forma el Estado responderá por aquella parte del daño cuando el particular sin vinculación del servicio o la tarea pública generó el daño con lo que el Estado contribuyó su accionar.

En todo caso como señala Enrique José Arboleda Perdomo,[54] que conforme al Artículo 90 de la Constitución Política, en caso de no poder vincular al agente responsable para que este participe activamente en la responsabilidad del daño, entrará el Estado subsidiariamente a responder por la totalidad del daño con el obrar doloso o gravemente culposo de su agente, como una garantía constitucional de responsabilidad, para luego repetir contra este.

Es de ahí, donde podemos observar que el primer elemento que se analiza en régimen de responsabilidad del Estado colombiano radica en el elemento daño. El daño es analizado desde su origen y partiendo de la base si la persona está en la obligación de soportar dicha conducta desplegada por la Administración o sus agentes.

---

[54] ARBOLEDA, Perdomo Enrique José. Comentarios al nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, ley 1437 de 2011. Ed Legis, 2011. Bogotá. PP. 219 220.

"La reparación del daño debe dejar indemne a la persona, esto es, como si el daño no hubiere ocurrido, o, al menos, en la situación más próxima a la que existía antes del suceso."[55]

Una vez en presencia del daño antijurídico o injusto, hay que precisar cuál fue el origen de este, ésto implica indagar acerca de la causalidad; la causalidad jurídica, es decir, la imputación que se hace presente una vez se determina la existencia del daño antijurídico. Así entonces, es importante abrir un panorama que deje visualizar la forma en que las nuevas leyes podrían llegar a influir en la aplicación, desarrollo, evolución, parametrización de la finalidad, la estructura y la raíz de la responsabilidad del Estado en Colombia. Para lo cual la presente investigación pretende dejar un antecedente que pueda interpretarse como el panorama que prepare jurídicamente y defina el alcance de los cambios en el ordenamiento nacional frente al principio de reparación integral de la víctima y la responsabilidad del Estado de mantener la seguridad y la vida de los asociados.

Ahora bien, frente al inciso final del Articulo 140 de la Ley 1437 de 2011 que consagra: *"en todos los casos en lo que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas…."*, debe comprenderse que la expresión en todos los casos, debe ser entendida en los casos de culpa grave y dolo, esto es, que en los casos de culpa leve o levísima, no se podrá entrar a discriminar la proporción de la responsabilidad del particular en el daño, sea que haya o no seguido las instrucciones precisas. Debido a que si se vincula la responsabilidad por la culpa leve, estaríamos en contra de la responsabilidad que exige la constitución la cual requiere que sea grave por parte de los funcionarios o particulares que ejerzan funciones administrativas.

---

[55] ARBOLEDA, Perdomo Enrique José. Comentarios al nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, ley 1437 de 2011. Ed Legis, 2011. Bogotá. p. 45.

Es en ese segundo inciso del artículo 140 de la Ley1437, donde se observa que se predica una responsabilidad directa de la Administración y una responsabilidad indirecta frente al particular en el hecho dañoso. Según Arboleda Perdomo "*el ultimo inciso del articulo 140 obliga al juez a determinar la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño y si la Administración está o no obligada a pagar la parte del tercero….*" [56]

Siguiendo lo expuesto anteriormente con relación al artículo 140 de la Ley 1437 de 2011 y al principio de protección integral de la victima, el profesor Arena Mendoza expone lo siguiente: "*El principal articulo que desarrolla el tema de la responsabilidad extracontractual en Colombia es el 140, donde se establece la pretensión de reparación.*

El primer inciso del articulo 140, reproduce el contenido del articulo 90 de la Constitucion, aunque realizando dos modificaciones: La primera, reemplaza la expresión autoridades publicas por agentes del Esatdo, palabras que son sinónimas en el sentir de la Corte Constitucional y la segunda, cambia la palabra causados por la de producidos, con lo que pareciera excluir el tercer elementos tradicional de la responsabilidad la relación de causalidad y fortalecería la tesis del Consejo de Estado sobre la existencia de sólo dos elementos para la configuración de la responsabilidad estatal. Pero lo más importante de este párrafo, es la posibilidad de que la persona aectada por un daño pueda interponer la acción de reparación directa.

El segundo inciso, copiando parcialmente la redacción del articulo 86 el anterior Código Administrativo de 1984, presenta una serie de ejemplos por los cuales la Admnistración debe responder y fanialmente, aclara que el Estado colombiano tendrá reconocer los daños que ocasione a los particulares por cualquier causa que le sean imputable.

---

[56] ARBOLEDA, Perdomo Enrique José. Comentarios al nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, ley 1437 de 2011. Ed Legis, 2011. Bogotá. p. 233.

El tercer párrafo, invita a las entidades públicas a ejecitar la acción de reparación cuando sufran daños, sin importar que la lesión provenga de otra entidad estatal, con lo que busca proteger el patrimonio público.

El cuarto inciso, recogiendo desarrollos jurisprudenciales esta encaminado a qe se determine el grado de participación de cada uo de los intervenientes en la generación de la lesión. Esto faciliata varias situaciones prácticas, como el ejercicio de la acción de repetición y la recuperación de dineros públicos por daños causados por terceros o por la propia victima."[57]

Con estos nuevos paradigmas jurídicos, debe entenderse que el juez especial, también actúa en ocasiones como garante de los derechos fundamentales ante la Administración, de ahí la prevalencia el principio de la protección judicial efectiva.

Aquí como lo expresa el tratadista Augusto Hernández Becerra expresa que la Ley 1437 de 2011 debe ser mirada como "… *bien puede ser entendida como una carta ciudadana de derechos.*" [58]

Adicionalmente, el mencionado tratadista expresa: "*La ley 1437 de 2011 viene, pues, a reafirmar la antigua vocación democrática del derecho administrativo colombiano y, bajo la influencia poderosa de la Constitución de 1991, ratifica la idea de la jurisdicción de lo contencioso administrativo como institución de defensa social y de salvaguardia de la justicia y del derecho y, en términos más generales, la idea de que el derecho administrativo tiene como objeto primordial la protección de todas las personas en sus intereses*

---

[57] ARENAS, Mendoza Hugo Andres. La responsabilidad extracontractual del Estado a partir de la constitución de 1991 *In* Instituciones de Derecho Administrativo, Tomo II Responsabilidad, contratos y procesal. Editorial Ibañez. Bogota, 2016, p.p 32-33.

[58] HERNÁNDEZ, Becerra Augusto. El Nuevo Código Administrativo de Colombia, Carta de Derechos Ciudadanos. p.3.

individuales y colectivos, y el amparo de las garantías sociales consignadas en la Carta Fundamental."[59]

De acuerdo a nuestro tema de investigación, y como nueva tendencia en cultura jurídica se expone un tema que será objeto de desarrollo a lo largo de este estudio lo cual se relaciona con los posibles fondos anticipados de reparación a las victimas, tomado del modelo de fondos anticipados de reparación del sistema francés. Es pertinente mencionar que lo más cercano a esta figura del derecho comparado en Colombia es la denominada Ley de Victimas, el cual concibe un Fondo para la Reparación de la Victimas de acuerdo con el numeral 8 del artículo 168 de la ley 1448 de 2011. El Fondo fue creado mediante el artículo 54 de la Ley 975 de 2005. La naturaleza de dicho fondo, es contemplada como una cuenta de carácter especial, sin personería jurídica y está compuesta por bienes y recursos a cualquier título que entreguen los grupos al margen de la ley.

En la Ley 1448 de 2011, contempla unas medidas de reparación, entre las cuales se establece una compensación económica por los daños sufridos a título de indemnización administrativa. El tradista Enrique Gil Botero, expone: *"El principio de reparación integral contenido en el articulo 16 de la Ley 446 de 1998, ha entrado en una inescinbdible relación constitucional",* en donde la finalidad sea obtener por parte de la Administacion el resarcimiento pleno de los interés legitmos afectados por la producción del esa hecho dañoso.[60]

Aquí la victima solamente debe exponer su daño, el cual en virtud del principio de buena fe, se le dará toda la credibilidad. La idea es que la víctima no tenga que demostrar el daño acaecido, sino que la carga de la prueba este en favor del Estado.

---

[59] HERNÁNDEZ, Becerra Augusto. El Nuevo Código Administrativo de Colombia, Carta de Derechos Ciudadanos. p. 7.

[60] GIL, Botero Enrique. La nueva tipoligia del daño (perjucio) inmaterial,*In* Instituciones de Derecho Administrativo, Tomo II Responsabilida, contratos y procesal. Editorial Ibañez. Bogota, 2016, p.51.

Ello es bastante distante de lo contemplado en la Ley 1437 de 2011, pues aquí la victima si debe acreditar los elementos propios del daño antijurídico (daño antijuridco, imputación y nexo causal). Esta indemnización producto de la Ley 1437 de 2011, en referencia especial al artículo 140, también tiene matices del principio de reparación integral, pues además de la indemnización económica por concepto de los daños y perjuicios sufridos, en ocasiones también contempla medidas de reparación simbólica (propias del Derecho Internacion Humanitario, en virtud de las medidas restaurativas). Este es un tema que genera muchas discusiones y polemica en torno a nuevas formas existentes que pudiera adoptar el Estado para reparar daños producidos en virtud de la actividad legitima del Estado.

SECCION 2. EL PAPEL DE LA CONSTITUCIONALIZACION EN EL JUEZ ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA

El siglo XXI, nos enfrenta a encontrar nuevos cambios para justicia contenciosa administrativa, en donde se responda a las necesidades que le competen. En Colombia, el papel del juez administrativo ha tenido muchos matices y retos frente a los fenómenos creados en razón a la actividad contenciosa Administrativa, estos conllevado en gran medidas a generar nuevos paradigmas de gran importancia en cuanto al desarrollo de jurisprudencia nacional, en ocasiones generando nuevas posturas o lineamientos de quienes administran justicia, y en otras tantas ocasiones, generando retrocesos y contradicciones en ciertas materias.

El rol que debe asumir el juez administrativo en los proceso de su conocimiento, con ocasión de la trasgresión y vulneración de los derechos, debe ser dinámica, con facultades resarcitorias y de restablecimiento en armonía con lo que estipula el ordenamiento jurídico colombiano como parte de la permeabilidad de la constitución que nos rige en esta jurisdicción especial.

En palabras del tratadista Hernández Becerra se expresa:

> "*El artículo 230 de la Constitución estipula que los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley, y que la jurisprudencia es criterio auxiliar de la actividad judicial. Está claro, pues, que para los jueces la jurisprudencia, incluida la que ellos mismos construyen, no obliga, en tanto que la ley sí. De allí que la jurisprudencia no haya gozado de gran consideración en la tradición judicial del país, ni como precedente con alguna fuerza para determinar el sentido de los fallos, ni como punto de referencia confiable para predecir la decisión del juez en casos similares, a pesar de que aquella informa sobre la manera como los jueces entienden y aplican la ley.*"[61]

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el juez administrativo realiza un análisis legal del asunto y en ocasiones actúa como juez constitucional, como un intérprete y garante de los derechos fundamentales de los administrados, podemos decir entonces, que el derecho administrativo colombiano tiene tanto del derecho constitucional, como el derecho constitucional del derecho administrativo, permeados recíprocamente, y envueltos en una relación coexistencia, generando de esta manera una constitucionalizacion del derecho de daños. Al respecto precisa la Corte Constitucional Colombiana lo siguiente, a través de la Sentencia de Unificación **Sentencia SU768/14:**

> *El Juez del Estado social de derecho es uno que ha dejado de ser el "frío funcionario que aplica irreflexivamente la ley", convirtiéndose en el funcionario -sin vendas- que se proyecta más allá de las formas jurídicas, para así atender la agitada realidad subyacente y asumir su responsabilidad como un servidor vigilante, activo y garante de los derechos materiales. El Juez que reclama el pueblo colombiano a través de su Carta Política ha sido encomendado con dos tareas imperiosas: (i) la obtención del derecho sustancial y (ii) la búsqueda de la verdad. Estos dos mandatos, a su vez, constituyen el ideal de la justicia material. El derecho sustancial es aquel que se refiere a los derechos subjetivos de las personas, en oposición al derecho formal que establece los medios para buscar la efectividad del primero. Bajo los principios de la nueva Constitución se considera que la justicia se logra precisamente mediante la aplicación de la ley sustancial. Ahora bien, "no se puede perder de vista que una sentencia justa solo se alcanza si el juez parte de una base de conocimiento que pueda considerarse, en cierta medida, verdadera, lo que le impone la obligación de hallar el equilibrio perfecto entre la búsqueda del valor de la verdad y la efectividad del derecho material". De esta manera, aunque no sea posible ontológicamente establecer un acuerdo sobre qué es la verdad y si esta es siquiera alcanzable, jurídicamente "la aproximación a la verdad es*

---

[61] GIL, Botero Enrique. La nueva tipoligia del daño (perjucio) inmaterial, *In* Instituciones de Derecho Administrativo, Tomo II Responsabilida, contratos y procesal. Editorial Ibañez. Bogota, 2016, p 12.

> *un fin, un principio y un derecho constitucional que se impone a las autoridades y a los particulares". Así las cosas, el marco filosófico de la Constitución Política de 1991 convoca y empodera a los jueces de la República como los primeros llamados a ejercer una función directiva del proceso, tendiente a materializar un orden justo que se soporte en decisiones que consulten la realidad y permitan la vigencia del derecho sustancial, y con ello la realización de la justicia material.*

Algunos tratadistas, establecen que los jueces administrativos han adoptado una posición pasiva, pues arguyen que el juez debe adoptar una posición clara y decidida en relación con la gerencia de los procesos, en donde se trate de reducir los tiempos procesales y se genere una buena economía procesal. Vale la pena mencionar desde esta perspectiva, el juez debe generar confianza y es así como de esta manera, el juez administrativo asumiría un rol más activo, sin que ello tienda a genera un rompimiento en el equilibrio e igualdad antes de las cargas que las partes deben asumir.

Dentro de la obra de Jean Paul, "*La consitucionalizacion del juez administrativo en Colombia*", el juez administrativo surge como el juez filósofo del que hablaba Dworkin. De hecho, expone una visión común del juez filósofo, que comúnmente se identifica con el juez que resuelve los grandes casos constitucionales.

Luego entonces, se puede entender que el proceso de constitucionalización de producto de la actividad de control judicial realizada por el juez contencioso administrativo, ha conllevado a grandes avances en razón a las nuevas posturas para solucionar los casos que les presenté. Debe destacarse que este fenómeno, no se ha desarrollado de una manera rápida y constante. Este fenómeno de la constitucionalización de la constitucionalizacion del derecho de años se funda como lo ha expresado tan el tradita Enrique Gil Botero y Hernán Andrade, y que concibe en derecho moderno además de canon constitucional 90, en la dignidad humana, la igualdad de reparación (articulo 13), el principio de solidaridad (articulo 1), en donde con ello se busca dejar a la victima una vez obtenida su reparación integral casi en iguales condiciones antes de la ocurriencia del hecho dañoso. Este derecho de daños asociado o apoyado en la Consitucion Politica de nuestro país busca propender por evitar los abusos o arbitrariedades que en ocasiones los jueces hacen al momento de valor o emitir juicios

normativos frenre a un caso concreto.[62] Esto ha generado una nueva tipología del daño en materia de responsabilidad del extracontractual del Estado, la cual es daño inmaterial (Derechos Personalisimos de la persona),[63] tesis que ha venido adoptando la jurisprudencia colombiana con el fin de que esos derechos vulnerados sean resarcidos dentro de ese nuevo sistema indemnizatorio y a su vez se continue vigente la limitación existente dentro del sistema indemnizatorio sin que ellos genere la multipilicidad de categorías a indeminzar en nuestro ordenamiento jurídico pese a que el art 90 de la Constitucion Politica no es concebida como un clausula cerrada, como si ocurre en otros sistemas tales como el francés donde sin necesidad de acudir al texo superior los jueces civiles y administratvos en sus jurisdicciones han elaborado distintas tipologías de daños en caminadas a reparar no solo bienes, derecho e intereses jurídicos, sino anhelos, sentimientos o expresiones individuales o sociales.[64]

Frente al tema el Consejo de Estado, en sentencia del 25 septiembre de 2013 (Sala Plena), en sentencia de unificación, fijo los parámetros jurisprudenciaes en relación con tres materias: 1. El monto de liquidación de los perjuicios inmateriales, 2. La necesidad de recoger las megacategorias indeminzatorias y 3. La obligacio a cargo de la Procuraduria Delegada para la Fuerzas Militares, de supervisar el cumplimiento de las medias de justicia restaurativa en aquellos fallos en que adonten este tipo de medidas de reparación integral.

Como es evidente esta es una nueva tipología y tendencia producto de la evolución jurídica que vive nuestro derecho colombiano en el cual cada vez la jurisidicion contenciosa administrativa se permea y se acerca al derecho constitucional.

---

[62] GIL, Botero Enrique. La nueva tipoligia del daño (perjucio) inmaterial, *In* Instituciones de Derecho Administrativo, Tomo II Responsabilida, contratos y procesal. Editorial Ibañez. Bogota, 2016, p.p 51-55. y ANDRADE, Hernán.Los títulos de imputación y la responsabilidad del Estado, *In* Instituciones de Derecho Administrativo, Tomo II Responsabilida, contratos y procesal. Editorial Ibañez. Bogota, 2016, p.p 74-76.
[63]GIL, Botero Enrique. La constitucionalización del derecho de daños. Editorial Temis, Bogota, 2014, p.45.
[64] Ibidem.p.40.

PARTE 2. DE LA TEORIA DEL RIESGO SEGÚN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA: CORTE CONSTITUCIONAL Y CONSEJO DE ESTADO

La responsabilidad patrimonial del Estado tiene su origen en el derecho privado, que tiene alcance en un campo limitado y exclusivo dentro del negocio jurídico (celebrado entre las partes), frente a este tipo de negocio jurídico se reconocerían solo los perjuicios nacidos de este negocio jurídico, mientras que dentro de la Responsabilidad civil extracontractual, denominada delictual o aquiliana, se hace referencia a que esta no se deriva de un incumplimiento obligacional, sino de un hecho jurídico. Esta tipificación, se basa en la tesis dualista de la responsabilidad civil.

En lo que concierne a la responsabilidad extracontractual, la jurisprudencia especializada la define como el encuentro accidental fortuito de una fuente de la obligación resarcitoria generada por mandato legal , para ello se ilustra lo que establece la sentencia emitida por la sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia, donde reza lo siguiente: "*como desde antaño lo viene predicando la corporación con apoyo en el tenor del artículo 2341 del Código Civil, para que resulte comprometida la responsabilidad de una persona natural o jurídica, a título extracontractual, se precisa de la concurrencia de tres elementos que la doctrina más tradicional identifica como culpa, daño y relación de causalidad entre aquella y este*."[65]

En el siglo XX, la responsabilidad patrimonial del Estado es reconocida gracias a la vía jurisprudencial y, únicamente, respecto de los funcionarios que hubiesen causado el daño. La doctrina que implantó al respecto del Consejo de Estado francés, fue a partir de los fallos Arret Pelletier y Blanco del año 1873, y se extendió a España.

---

[65] COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Civil.MP: Dr.JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ, Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999), Referencia: Expediente No. 5012.

Con la aparición del Fallo Blanco en año de 1873 del Tribunal de Conflicto Francés, es cuando se consagra la responsabilidad del Estado, independientemente de que estuviera estatuida en texto legales expreso y autónomamente de que su actividad fuera de poder o de gestión. Es decir, que lo que se pretendía era endilgar al Estado la responsabilidad por los daños causados a un particular en ejercicio de las funciones propias de un servidor público que ejecuta funciones propias de su labor.

Ahora bien, se reconoce una responsabilidad muy limitada, sólo de los funcionarios que pudieren causar el daño, existiendo numerosos obstáculos para el reconocimiento de esta responsabilidad que en la práctica desvirtuaban las posibilidades de resarcimiento del perjudicado. En Colombia a través de la Sentencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia del 22 de octubre de 1896 se reconoce la responsabilidad del Estado y la obligación de éste de reparar los daños producidos por sus agentes de acuerdo a las normas del Código Civil, pero hoy en día el régimen legal que se aplica es el de Derecho Administrativo a través de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, con excepción a los asuntos que versen sobre situaciones de derecho privado.

Para que en la actualidad se pueda asumir la demanda social los estados se han visto en la necesidad de ampliar sus sistemas de coberturas de riesgo, pero con la intención de no caer una irresponsabilidad nacional en vista de querer abarcar o prevenir riesgos futuros derivados de la responsabilidad patrimonial. Siendo expuesto de manera reiterada el concepto de daño antijurídico tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado Colombiano, ¿Será entonces necesario que la creación de fondos (que actúen en principio como pólizas o seguros) creados por el Estado a través de sus entidades y a favor de terceros indeterminados se establezca como mecanismo para evitar o minimizar los riesgos en cuanto a las actuaciones del Estado colombiano?

En materia de seguros la palabra riesgo no se refiera siempre, necesariamente, a un suceso dañino o nocivo, sino exclusivamente al hecho aleatorio. Así, por ejemplo, son riesgos en la acepción común de la palabra los de incendio, de terremoto, de accidentes y otros; pero

también existe el riesgo de un asegurado bajo póliza de vida alcance una edad determinada y por consiguiente adquiera derecho a una prestación supeditada a esa circunstancia. El riesgo en seguros, es un concepto que se utiliza para expresar indistintamente dos ideas diferentes; de un lado, riesgo como objeto o bien material (persona o cosa) asegurado; de otro, riesgo como posible acontecimiento o contingencia (daño que pueda o no suceder) cuya aparición real o existencia se previene y garantiza en la póliza.[66]

Es claro, que se deben tener en cuenta los factores como los sociales, políticos, culturales, económicos y hasta de orden público entre otros, para que dichas pólizas o sistema de fondos puedan ser suscritas y de esta manera no se genere un detrimento mayor a favor del Estado y al erario, sino que, por el contrario genere un beneficio económico y legal. Este concepto de minimización de riesgos proviene del derecho comunitario, pues es una forma de descongestionar el acceso a la justicia y de generar un mecanismo más eficiente a favor del ciudadano. La teoría de socialización de riesgo implica un control, prevención de los nuevos hechos.

La teoría del riesgo en sistema francés tiene su origen en principio, en los llamados accidentes de trabajo y posteriormente pasa a la responsabilidad civil, como primera medida, aquí el trabajador debía demostrar la culpa en los términos del artículo 1.382 del Código Civil Francés, si no se logra acreditar pues no habría lugar a indemnización.

Recientemente, el Consejo de Estado, ha producido fallos que han generado una nueva postura en torno a la responsabilidad extracontratual del Estado, si bien es cierto que la jurisprudencia en este tema es abundante, la cual ha sido desarrollada a lo largo de varios años, pues el Consejo de Estado, ha decidido exponer la figura de "*Riesgo – Conflicto.*"

---

[66] ELEMENTOS DEL SEGURO. Citado el 22112016. Disponible en: http://www.herdkp.com.pe/adds/info/elementos_del_seguro.htm#El Concepto del Riesgo

En Colombia esta nueva teoría o figura de "*Riesgo- Conflicto*" proviene de dos casos. El primero,[67] tiene lugar en razón a los ataques de la guerrilla contra la estación de policía de un municipio, lo que generando daños a varias edificaciones. El segundo,[68] se refiere a combates entre la guerrilla y la Armada Nacional, luego de que guerrilleros lanzaran cilindros de gas contra la estación de policía y la población civil, en ambos casos el Consejo de Estado condeno bajo la implementación de la teoría antes referenciada. Dentro de los regímenes de responsabilidad extracontracual del Estado de colombiano se encuadraría estos dos casos dentro de una falla del servicio por poner en riesgo a la población civil en virtud de la existencia de una estación de policía.

En principio debe determinarse que el conflicto o la guerra debe ser mirado como una fuerza mayor (contemplado como el imprevisto que no se puede resistir), pues rompe nexo causal en términos de responsabilidad del Estado, es por ello que cuando se está en presencia de un conflicto el legislador debe mediar a través de ley para regular los eventos en cual el Estado debe responder, construyendo así un nexo causal.

El papel del juez administrativo colombiano, está claro en la medida que ha contribuido enormemente al desarrollo de la responsabilidad patrimonial derivada del conflicto armado, y gracias a ello se ha logrado vislumbrar el deseo de proteger a las víctimas, por eso necesario la intervención del legislador, para establecer quienes son víctimas del conflicto, y montos para reparar y lo más importante la obligación del Estado de responder, y que con lo además se garantice el principio de igualdad de las víctimas frente al daño, especialmente en estos tiempos de post-conflicto. Sin embargo, también es importante darle una mirada a la Ley de Victimas que tiene el Estado Colombiano, esto es lo más cercano a los planteamientos de fondos de reparación anticipados producto de la actividad del Estado, del que se habla en el caso francés.

---

[67] COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección. Tercera, Subsección B, Rad. 07001233100020010134502 (28711), M. P. Ramiro De Jesús Pazos Guerrero, actor: Arcadio Bernal Supelano y otro.
[68] COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección. Tercera, Subsección B, Rad. 07001233100020010147901, M. P. Ramiro De Jesús Pazos Guerrero, actor: Argemiro Torres y otra.

CAPITULO 3. TEORÍA DE LA SOCIALIZACIÓN DEL RIESGO EN FRANCIA Y SUS FONDOS DE INDEMNIZACIÓN

La evolución en materia de responsabilidad extracontractual del Estado se ha venido desarrollando gracias a la vía de la jurisprudencial, empleando plenamente conceptos del derecho comparado. En este acápite se pretende hacer una breve alusión al sistema de responsabilidad que maneja el ordenamiento francés. El concepto del daño que maneja el derecho francés bajo el régimen de responsabilidad que domina dicho sistema, hace alusión a un concepto de daño compensatorio, el cual opera también en el ordenamiento jurídico colombiano, tal como lo expresa en jurista Juan Carlos Henao Perez, en su obra El daño, expone: "*Daño compensatorio no es otra cosa que: Aquellos que están basados en una consideración de política pública, cual es la de castigar al demandado para hacer de él un ejemplo para los infractores similares como se ha mencionado*."Este es el primer elemento que estudia el derecho francés para establecer la figura jurídica de la responsabilidad patrimonial.

Este es el primer elemento que estudia el derecho francés para establecer la figura jurídica de la responsabilidad patrimonial. El daño debe ser susceptible de indemnizar, pero no todo daño genera indemnización, lo más importante es que el daño ostente un título imputable al responsable, si no se logra demostrar el perjuicio no hay daño que indemnizar.

En el sistema francés como ya se ha mencionado, se ha desarrollado gracias a la evolución doctrinal, jurisprudencial y legislativa, derivada del código de Napoleón, en sus inicios se contemplaba una responsabilidad con culpa, sin embargo posteriormente introdujo la teoría del riesgo, con la cual no hay necesidad de demostrar la culpa, sino que esta se presume por la sola ocurrencia del daño.

La teoría del riesgo en sistema francés tiene su origen en principio, en los llamados accidentes de trabajo o laborales y posteriormente se pasa a la responsabilidad civil, como primera

medida, aquí el trabajador debía demostrar la culpa, culpa que radica exclusivamente en el patrono, en los términos del artículo 1.382 del Código Civil Francés, si no se logra acreditar ese daño, pues no habría lugar a indemnización, este artículo es equivalente al artículo 2350 del Código Civil Colombiano.

La teoría del riesgo es materia de responsabilidad extracontractual, hace alusión a la minimización de riesgos creados por actividades desplegadas por el Estado o sus agentes.

Es un título de imputación, en virtud del principio de solidaridad contemplado en la constitución, el Estado se obliga a reparar en los eventos que son atribuibles a este.

Con el paso del tiempo el sistema francés deja de un lado el elemento culpa el cual debía ser probado por el trabajador y pasa a ser responsable el patrono por cualquier culpa, simplemente se basaban en el nexo de causalidad el hecho o riesgo y el daño.

Saúl Uribe García en su artículo, la responsabilidad por riesgo, expone lo siguiente en relación con el nacimiento de la teoría del riesgo: *"El que crea una fuente de daño, así el que explota una fábrica, debe reparación si los riesgos se concretan. El exclusivo hecho del perjuicio compromete su responsabilidad; es la contrapartida de los beneficios que obtiene de la empresa."*

Es por ello, que el modelo francés se vio en la tarea de crear fondo para la reparación de daños en vista de estar inmerso en el fenómeno general de la socialización de riesgo, que según Pochard: "*La socialización de los riesgos es comúnmente obra del legislador, a solicitud de las organizaciones no gubernamentales, de los jueces, de compañía de seguros de organizaciones del sector solidario*."[69]

---

[69] POCHARD, Marcel. La indemnización de víctimas bajo el fundamento del principio de solidaridad nacional. *In* Memorias Seminario Franco- Colombiano. Consejo de Estado. 2011. p 356.

De esta forma, el modelo francés tradicional, existen diferentes fondos, que abarcan casi a cabalidad los daños (o daños potenciales); mientras en Colombia la gran mayoría de estos últimos son resueltos mediante proceso judiciales, los cuales sobrecargan el aparato judicial, se tornan dispendiosos y costosos, afectando negativa y directamente el principio de la economía procesal tanto para el Estado como para el particular.

A diferencia del sistema europeo,[70] en particular, para el caso colombiano, puede denotarse que el juez como primera medida gozaría de una "*discrecionalidad*" tanto para la tasación del perjuicio como para el establecimiento de la responsabilidad en cada caso en concreto aplicable.Lo anterior se tiene como antecedente del sistema europeo en especial, el francés. En Colombia, con el cambioo del modelo de Estado de derecho al Estado social de derecho, establecido en la Constitución Colombiana, introducido como un principio rector que obliga al Estado, a establecer fines y generar autonomía, bienestar social, equidad e igualdad social: "*El Estado social de derecho se erige sobre valores tradicionales de libertad, la igualdad y la seguridad, pero su propósito principal es procurar las condiciones materiales generales para lograr su efectividad y la adecuada integración social,"*[71] observando al ser humano como pilar fundamental dentro de este modelo de Estado, entra a ser el centro y finalidad de la acción estatal. Teorías bajo las cuales el Estado como persona jurídica entra a ser sujeto de responsabilidad por los perjuicios y daños que producen en relación con su actuación pública y es así como en la Constitución de 1991 se introduce el artículo 90 el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado.

A diferencia del sistema colombiano, en el derecho comunitario existe el principio general de que los particulares deben ser indemnizados de los perjuicios que se irroguen de la

---

[70] HENAO, Perez Juan Carlos. El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Editorial Externado de Colombia, segunda impresión, 2007. P.40 "Similar proceder se observa en el derecho frances, en donde si la victima "no aporta indicio propabtorio de una perdidad de salario efectivo", ello no impide que se otorgue una indemnizacion."

[71] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL.SENTENCIA C-566 del 30 agosto de 1995 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

infracción del derecho comunitario,[72] este principio de indemnización es limitado por la TJCE.

En la comunidad europea siguiendo a el autor Bermejo Vera, indica que: "*el TJCE estableció el principio que la reparación sólo es exigible a las Comunidades Europeas cuando los perjudicados no han podido obtener una reparación plena de autoridades nacionales. Por ello, los recurrentes han de justificar que han agotado todo los medios jurídicos internos, tanto administrativos como judiciales."*

Afirma además el autor mencionado anteriormente, que: *"...Que el TJCE se ha otorgado así mismo una posición subsidiaria o residual, lo que comporta la misma consecuencia para la responsabilidad de las instituciones comunitarias, en posición subsidiaria respecto a la de los Estados miembros".*

Para el autor Saúl Uribe García, se define la responsabilidad por riesgos así: "*La responsabilidad por riesgo se caracteriza además por lo siguiente: 1. Se refiere a una actividad lícita y permitida. Lo anterior permite que desde el punto de vista jurídico penal el sólo ejercicio de la actividad catalogada de riesgosa no tenga relevancia porque para el derecho penal se trata de una conducta socialmente adecuada. "La realización de la conducta socialmente adecuada está permitida. Sobre todo, los criterios de riesgo permitido, del principio de confianza, de la comisión referida al garante y de la prohibición de regreso no son sino desarrollo de la adecuación social. 2. En el aspecto probatorio, la prueba de la diligencia y cuidado no exonera de responsabilidad al causante del daño, en algunos casos la prueba parcial de lo que se denomina causa extraña libera de responsabilidad (hay casos donde únicamente se permite la exoneración mediante el hecho exclusivo de la víctima, pero no mediante fuerza mayor, caso fortuito o hecho exclusivo de tercero), en otros casos cualquiera de las especies de causa extraña libera de responsabilidad y en casos extremos*

---

[72] BERMEJO, Vera José. Derecho Administrativo parte especial. Editorial Civitas. Madrid. 1999. pg.1218.

ni aun la causa extraña libera de responsabilidad (en esta última situación se está en presencia de la real responsabilidad civil objetiva). 3. Se puede incurrir en responsabilidad por riesgo a través de la utilización de cosas riesgosas o en ejercicio de actividades riesgosas. 4. La teoría del riesgo se caracteriza por la facilidad para identificar no solamente al autor físico de daño, sino a una serie de personas que giran en torno al riesgo creado y se benefician o lucran con la creación de ese riesgo. Lo anterior permite que desde el punto de vista procesal no quepa la pregunta."[73]

En virtud de esta teoría de los riesgos, el sistema francés se ve en la obligación de crear fondos de reparación de daños producto de la actividad desplegada del Estado. El sistema jurídico francés está basado en la separación del poder el poder legislativo del Parlamento (vota las leyes), el poder ejecutivo del gobierno (ejecuta las leyes) y el poder judicial (aplica las leyes) y contemplan la idea de un tercer pilar del Estado como es la Justicia, este pilar es totalmente independiente de los otros poderes.

El sistema jurídico francés, en primer lugar tiene una característica particular, pues esta está compuesta por una estructura piramidal doble, expuesta de la siguiente manera establece dos jurisdicciones, una jurisdicción administrativa y una jurisdicción judicial, ambas al interior compuestas a su vez por una estructura piramidal. Para nuestro estudio es importante mencionar que haremos alusión a la Jurisdicción Administrativa, en relación a fondos de reparación del sistema francés.

Marcel Pochard, establece la existencia de dos regímenes de indemnización de las víctimas, como primera medida aquellos que descansan sobre el principio de la reparación, y aquellos que se basan en el principio de solidaridad. La indemnización, según el principio de preparación, es el régimen de derecho común; en ese régimen el fundamento de la indemnización reside en la imputación de la responsabilidad al autor del acto que origina el

---

[73] URIBE, Garcia Saúl. La Responsabilidad por Riesgo. Tomado de la Revista Ratio Iuris N° 1. Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín.Facultad de Derecho. p.7.

daño, y la indemnización según el principio de solidaridad descansa sobre una concepción totalmente diferente; ella se encuentra desconectada de cualquier idea de determinación previa de responsabilidad, su fundamento reside en el reconocimiento por el poder público de asumir la indemnización del daño de manera automática, por fuera de cualquier investigación de la responsabilidad haciendo prevalecer el principio de solidaridad.

Siguiendo al autor Pochard, establece como funciona los fondos en Francia para la reparación de daños: *"La característica principal de los fondos es la de separar el tema de la responsabilidad de la reparación, pudiendo aún otorgarse esta última aun cuando sea posible establecer responsabilidad alguna o cuando a priori sea difícil su determinación. Hay una separación entre el autor del daño y el responsable de la indemnización; una vez esta última es efectuada, salvo excepción legal, el Fondo, sin embargo, se subroga en los derechos de la víctima y dispone de una acción de regreso contra el o los responsables."*

"La característica principal de los fondos es separar la responsabilidad de la reparación, pudiendo otorgarse esta última aun cuando no sea posible establecer responsabilidad alguna o cuando a priori sea difícil su determinación."[74]

Es decir que hay una expresa separación entre el autor del daño y el responsable por la indemnización y una vez realizada la indemnización, salvo que exista algún impedimento legal, el fondo, se subroga los derechos de la víctima y emprende una acción de regreso con el o los responsables.

Es por esto que a diferencia del sistema colombiano, en el sistema francés solo hay que establecer el hecho dañino que causo un perjuicio a la persona que solicita la indemnización.[75]

---

[74] POCHARD, Marcel. "La Indemnización de víctimas bajo el fundamento del principio de solidaridad nacional. *in* Memorias Seminario Franco – Colombiano. Consejo de Estado. 2011. p 357.

[75] Consejo de Estado francés, 25 de enero 1952, Lassalle- Barrére; 25 de enero de 1952, Simón Dalloz, p549, lo comenta el Dr. Henao Pérez, haciendo una diferenciación con el sistema Colombia gracias un fallo de la

En Francia, existen tres clases de categorías de fondos, los cuales son: aquellos que responde a riesgos naturales o sociales, aquellos que corresponden a los riesgos en los cuales no ha sido identificado el responsable o es insolvente, y aquellos que corresponden a un vacío de la Administración.

En cuanto a primera categoría: Los fondos que garantizan los riesgos naturales o sociales; que responde más que los otros a la lógica de la solidaridad pura, dentro de esta categoría hay dos fondos. El primero, es fondo de garantías agrícolas, creado en 1964, cuyo objeto es indemnizar los daños materiales causados a las empresas agrícolas, como por ejemplo suelos, cosechas entre otros aspectos. Estos daños causados por "*variaciones anormales de la intensidad de un agente natural, cuando los medios técnicos de la lucha preventiva o curativa empleados habitualmente no se pudieron ser utilizados o se revelaron insuficientes o inoperantes*."; el segundo, corresponde a el fondo de ayuda a las víctimas de calamidades públicas, que tiene su origen desde el a 1956. Este fondo fue ampliado a las víctimas de catástrofes naturas y por último, los fondos derivados del campo médico, se indemniza por hechos dañosos como accidentes médicos en cuyo origen ninguna falla pudo establecerse y el área terapéutica (complicaciones excepcionales). Esta indemnización es garantizada por Oficina Nacional de Indemnización de Accidentes médicos. Fue creada mediante una Ley del 4 de marzo de 2002, su naturaleza es la de un establecimiento público.

El segundo grupo de fondos, aquellos relacionados con los casos en el responsable no fue identificado, no estaba asegurado o es insolvente. Esta categoría se puede encuadrar dentro del fondo de garantía de seguros obligatorios de daños – FGAO- , que nace desde el año 2003. Aquí opera el fondo cuando el autor del hecho dañoso es conocido pero no está asegurado, aquí básicamente no importa la solvencia del autor del daño, el objetivo es bastante claro y lo que busca es indemnizar rápidamente a la víctima. Este fondo también opera en los casos en los cuales el autor no está asegurado y cuando el autor del daño es

---

Corte Suprema de Justicia de fecha 24 de junio 1942, donde se establece el requisito para solicitar la indemnización.

desconocido. Adicionalmente, el fondo de indemnización de víctimas y de terrorismo, hace parte también de esta clase de fondos.

Por último, la tercera categoría de fondo, denominados los fondos que responden a un vacío de la Administración. Dentro de esta categoría encontramos dos fondos de indemnización, el primero de ellos el fondo dirigido a las personas que han recibido transfusiones y hemofílicos que resultan contaminados por el virus del VIH y en segundo término el fondo de indemnización de victimas de amianto.[76] Para estas dos clases de fondos indemnizatorios se trata de una indemnización establecida bajo el pilar o principio de la solidaridad, sin que ello implique la exclusión de la responsabilidad por falla del Estado por negligencia.

La mayoría de estos fondos son financiados por el Estado francés, en virtud de la solidaridad nacional o también en ocasiones por subvenciones presupuestales derivadas de la contribución adicional de primas, en otras ocasiones se alimenta de los aportes realizados a la seguridad social.

De no haberse implementado este sistema de riesgos en Francia se estaría aplicando el régimen de responsabilidad común, es decir el régimen de responsabilidad por falta o falla en su deber de garantizar el orden público y la seguridad.

Sin embargo, los fondos implementados en Francia tienen dos ventajas como lo establece el profesor Pochard. 1. hacer de la indemnización una prioridad sobre cualquier otra consideración. La indemnización es de forma automática, lo que responde a la expectativa de la víctima y en general descansa sobre el principio de reparación integral y está señalada en tablas de indemnización y 2.conservar, sin embargo, en su lugar el principio de

---

[76] El amianto: Es el asbesto, es el nombre de un grupo de minerales metamórficos fibrosos. Están compuestos de silicatos de cadena doble. Los minerales de asbesto tienen fibras largas y resistentes que se pueden separar y son suficientemente flexibles como para ser entrelazadas y también resisten altas temperaturas. Este fondo permite una reparación integral a las personas que hayan obtenido el reconocimiento de una enfermedad profesional ocasionada por el amianto. Tomado de : http://www.ecofibra.com.bo/?p=76

responsabilidad, al conjugar los dos principios, el de responsabilidad y el de solidaridad y así evitar caer en la trampa de un "*derecho al cero riesgo*".

En el derecho comunitario existe el principio general de que los particulares deben ser indemnizados de los perjuicios que se irroguen de la infracción del derecho comunitario,[77] este principio de indemnización es limitado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea -TJCE.

En la comunidad europea según el autor Bermejo Vera, indica que: "*El TJCE estableció el principio que la reparación sólo es exigible a las Comunidades Europeas cuando los perjudicados no han podido obtener una reparación plena de autoridades nacionales. Por ello, los recurrentes han de justificar que han agotado todo los medios jurídicos internos, tanto administrativos como judiciales."*

Afirma además el autor mencionado anteriormente que: *"...Que el TJCE se ha otorgado así mismo una posición subsidiaria o residual, lo que comporta la misma consecuencia para la responsabilidad de las instituciones comunitarias, en posición subsidiaria respecto a la de los Estados miembros."*

En últimas, lo que sucede con la función de los fondos de indemnización, es que estos reemplazan al deudor final de la deuda con el fin de indemnizar a la víctima del daño y como establece Marcel Pochard: "…*los derechos de la víctima son en consecuencia trasmitidos, según el mecanismo de créditos previstos por la normas legales, es decir que se subroga la deuda."*

A manera de conclusión se puede decir que desde la perspectiva colombiana, esta subrogación de la deuda adquirida por quien paga a la víctima la indemnización, que en el

---

[77] Op. Cit p.1218.

caso francés seria el fondo, el cual según la investigación contiene dineros públicos, pues terminaría siendo este quien debe reclamar al autor del daño los dineros pagados por el fondo, contemplando la idea a lo que en nuestro sistema colombiano a la acción de repetición , sin que ello implique una prohibición legal en sistema francés de acudir a la vía jurisdiccional.

SECCION 1. TEORÍA DE LA SOCIALIZACIÓN DE RIESGO EN COLOMBIA Y LOS FONDOS DE INDEMNIZACIÓN

En Colombia no existen unos fondos cuyo fin sea el de reparar los daños ocasionado por ciertos daños y menos que se asemejan a los fondos que se presenta en Estados miembros de la Comunidad Europea tales como Francia, los cuales se han creado con base en el principio de solidaridad.

En las sociedades modernas, cuando se trata de temas como lo es el de la responsabilidad patrimonial del Estado, se habla de una palabra relevante para ello, el solidarismo.

El solidarismo impone, en nombre de la solidaridad natural un deber de beneficencia a cada ser humano que vive en sociedad, dado que todos somos solidaridarios y debemos ayudar a quien necesite. La obligación solidaria es una obligación jurídica en una organización social, ella no responde a un amor por el desfavorecido sino a un deber ser que está establecida y es sancionada por la ley, la cual debe garantizar su cumplimiento y su extensión. Entonces el solidarismo jurídico se presenta por tanto como una moral laica y se constituye por lo tanto como una ilustración de la teoría del derecho moderno, en cuanto que recurre a la justicia. El fin del solidarismo es el orden social y además contribuye al mantenimiento de la paz social.

Y en adición a ello también se habla de una responsabilidad solidaria como lo establece el profesor Fernando Trazegnies, el cual conceptúa frente a la responsabilidad solidaria, la distinción no carece de interés público pues si se trata de una responsabilidad in solidum (cada uno responde por el todo) sin solidaridad, las consecuencias varían. En Francia, los

juristas se han inclinado por la idea de que la responsabilidad de los diversos causantes de un mismo daño es in solidum y no solidaria.

Para que haya solidaridad se requiere que existan varios responsables de un mismo daño, es decir, que las acciones de los diferentes participantes sean concausas de daño reclamado. Por consiguiente, si los responsables lo son por daños sucesivos aunque sean muy próximos uno de otros no existe solidaridad entre ellos.

En Colombia, como ya se ha afirmado, no existen propiamente los denominados fondos anticipados de reparación o fondos de indemnización, pero si puede asimilar estos fondos del sistema francés a lo contemplado en la Ley 1448 del 10 junio de 2011, la denominada Ley de Víctimas, la cual tiene cabida dentro de la justicia transicional y de la cual se desprende el Fondo para la Reparación de las Victimas (Articulo 168 numeral 8 de la ley enunciada). El cual tiene un se rige por el derecho privado.

La Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas – UARIV, creada por la Ley 1448 de 2011, administra desde el 1 de enero del año 2012 el Fondo para la Reparación de las Víctimas -FRV. El Fondo fue instituido mediante el artículo 54 de la Ley 975 de 2005 como una cuenta especial, sin personería jurídica, que se compone por todos los bienes y recursos que a cualquier título entreguen las personas o grupos armados y organizados ilegalmente, así mismo, por recursos provenientes del presupuesto nacional, por donaciones en dinero o en especie, nacionales o extranjeras y por las fuentes de financiación de que trata el artículo 177 de la Ley 1448 de 2011, teniendo además como función liquidar y pagar las sentencias proferidas en los procesos de Justicia y Paz.[78]

[78] Fondo para la reparacion de las victimas unidad para la atención y la reparación integral a las víctimas, informe ejecutivo, fecha de corte de la información reportada: 30 de septiembre de 2016.

Esta Ley de Victimas contempla una reparación en sede administrativa, en su Artículo 132,[79] la cual no excluye de manera vehemente, que el ciudadano utilice, la reparación administrativa y después de ahí, el ciudadano acuda a la vía de la jurisdicción contenciosa, con el fin de que se le reconozca en sede judicial, el derecho a ser reparado por aquel daño sufrido.

Para que se puede observar un paranorama de la actualidad colombiana con relación a la utilización de la Ley de Victimas es necesario ver las cifras ilustradas en el siguiente cuadro de acuerdo al informe ejecutivo presentado por la Unidad de Victimas con corte a septiembre de 2016.

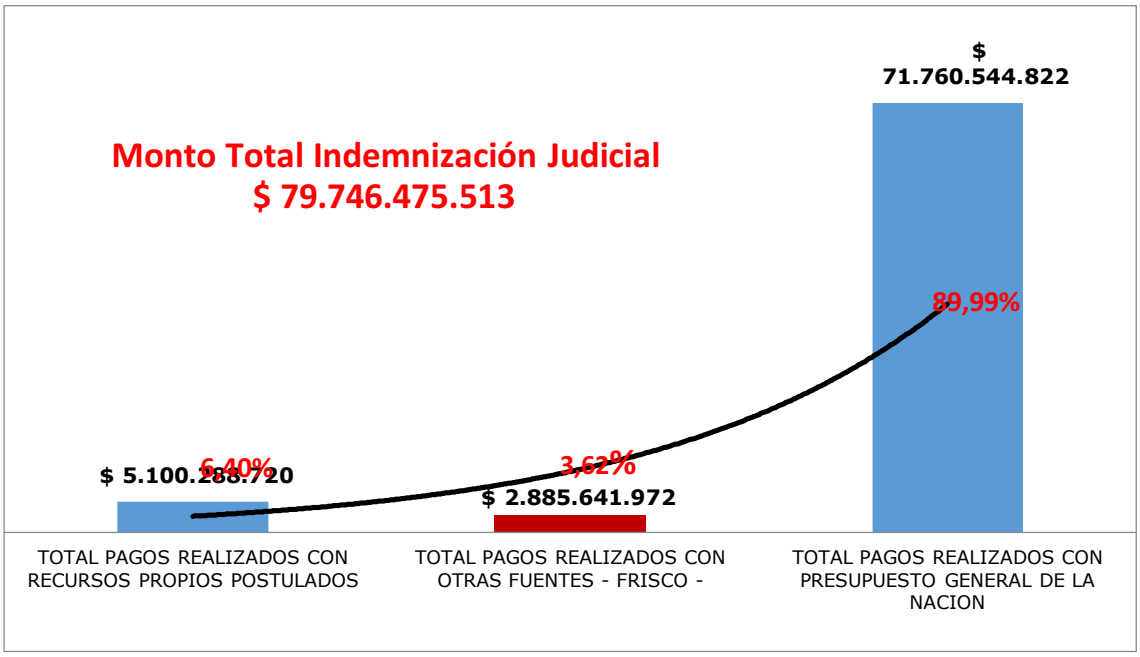
TOTAL SENTENCIAS EJECUTORIADAS	TOTAL SENTENCIAS SIN EJECUTORIA	TOTAL SENTENCIAS	VICTIMAS RECLAMANTES DE JUSTICIA Y PAZ	INDEMNIZACIONES OTORGADAS EN FALLO DE PRIMERA INSTANCIA EN ESPERA DE EJECUTORIA (HECHOS VICTIMIZANTES)	VICTIMAS RECONOCIDAS EN FALLO DE PRIMERA INSTANCIA EN ESPERA DE EJECUTORIA	IMDEMNIZACIONES OTORGADAS EN FALLOS EJECUTORIADOS (HECHOS VICTIMIZANTES)	VICTIMAS RECONOCIDAS EN FALLOS EJECTURIADOS	VICTIMAS INDEMNIZADAS (PERSONAS)	VALOR TOTAL PAGADO A LA FECHA
25	17	42	500.000	12.840	9.939	8.123	6.884	4.089	$ 79.746.475.513,40

En este cuadro podemes ver, las cifras claras respecto del cumplimiento de la Ley de Victimas, su grado de eficiencia dentro del sistema indeminzatorio y la reparación efectiva y real de las victimas.

[79] ARTÍCULO 132. REGLAMENTACIÓN.Ver Resolución UARIV 64 de 2012, Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 1377 de 2014. El Gobierno Nacional, reglamentará dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de la presente Ley, el trámite, procedimiento, mecanismos, montos y demás lineamientos para otorgar la indemnización individual por la vía administrativa a las víctimas. Este reglamento deberá determinar, mediante el establecimiento de criterios y objetivos y tablas de valoración, los rangos de montos que serán entregados a las víctimas como indemnización administrativa dependiendo del hecho victimizante, así como el procedimiento y los lineamientos necesarios para garantizar que la indemnización contribuya a superar el estado de vulnerabilidad en que se encuentra la víctima y su núcleo familiar. De igual forma, deberá determinar la manera en que se deben articular las indemnizaciones otorgadas a las víctimas antes de la expedición de la presente ley.

Como bien lo establece el informe que expone: "*De acuerdo a lo establecido en el Decreto 3011 de 2013, el Fondo para la Reparación de las Víctimas debe participar en conjunto con la Fiscalía General de la Nación en las diligencias de alistamiento, con el fin de establecer las condiciones físicas, jurídicas, sociales y económicas de los bienes, para a partir de allí elaborar el concepto sobre la vocación reparadora de los mismos, el cual es presentado a la Magistratura para que considere la imposición de la medida cautelar de embargo y secuestro del bien.*"[80]

En este siguiente podemos ver, la variación y veracidad del esquema que tiene la Ley de Victimas en cuanto a resarcimiento del daño acaecido y los ingresos con los cuales se realiza dicha reparación. Como podemos ver, la reparación integral que propende tan la Ley de Justicia y Paz como la Ley de Victimas tiene un respaldo en el presupuesto general de la Nacion, ello se debe a que en ocasiones muchas veces los postulados (victimarios) no tiene recursos o bienes para entregar con el fin de indemnizar a sus victimas.



Fuente: Grupo Liquidación y pago de Sentencia.

[80] INFORME EJECUTIVO PRESENTADO POR LA UNIDAD DE VICTIMAS A CORTE DE SEPTIEMBRE DE 2016.

Este esquema expuesto, conlleva a la esfera en la cual se puede afirmar que así no existan en Colombia los fondos de indemnización del sistema francés, pero si existe una proximidad a ellos, el fondo de la Ley de Victimas propende dejar a la víctima casi en el estado anterior antes de la ocurrencia del daño. Contiene además varios ítems como pilares para la reparación de la víctima, los cuales son: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y por ultimo garantías de no repetición.

Estos fondos tienen además tres funciones misionales, que abarcan, la gestión de archivos para la reparación, la reparación judicial en justicia y paz y por último, la gestión de fuentes alternativas de gestión.

Fuente: Grupo Liquidación y pago de Sentencia.

En cuadro antecedente se pueden ver reflejadas las reclamaciones en el proceso de justicia y paz vs. Víctimas reconocidas en sentencias ejecutoriadas, dentro de la Ley de Victimas.

Al igual que el sistema francés, en Colombia hay unos topes máximos en el fondo para la indemnización de esos daños producto de actuaciones del Estado, como bien lo ha expresado el Consejo de Estado, además de haber profesado una prohibición al a doble indemnización así: "*prohibición de pago doble de daño o perjuicio inmaterial. ningún daño o perjuicio*

inmaterial podrá ser indemnizado doblemente," esto dentro del Documento ordenado mediante Acta No. 23 del 25/sep/2013 con el fin de recopilar la línea jurisprudencial y establecer criterios unificados para la reparación de los perjuicios inmateriales, de la sección tercera del Consejo de Estado.

Esta prohibición ha sido producto del desarrollo jurisprudencial hecha por el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa que goza de plena validez jurídica, pero lo cierto es que no existe norma específica y reglada dentro de la norma de normas, dentro de la Constitución Política, acerca de la prohibición del doble pago, pero si está contemplada dentro de la Ley 1448 de 2011 dentro del Articulo 20 que expone: "*Artículo 20. Principio de prohibición de doble reparación y de compensación. La indemnización recibida por vía administrativa se descontará a la reparación que se defina por vía judicial. Nadie podrá recibir doble reparación por el mismo concepto."*

Pese a existir norma de carácter legal y un desarrollo jurisprudencial, lo cierto es que no existe una norma constitucional y legal que impida a ciudadano, tomar la indemnización en plano administrativo y después de haber recibido dicha indemnización, acudir a la vía judicial, pues no existe norma que indique que si se realice la primera no pueda optarse por la otra.

Con ello, se puede afirmar entonces que, dicha reparación administrativa ya efectuada por en virtud de los daños sufridos el ciudadano y la decisión del ciudadano, de acudir a la vía jurisdiccional, en razón a no sentirse plenamente reparado, el ciudadano invocaría los medios de control existente, en los términos del artículo 140 de la ley 1437 de 2011. Aquí simplemente, el ciudadano, puede acudir con su acto administrativo, en donde el fondo de indemnización, realizó la indemnización por vía administrativa y lo aportaría al proceso judicial, pues entonces podemos afirmar, que dicha indemnización otorgada en sede administrativa, seria visto o tomada como una compensación de manera anticipada por la Administración y luego entonces, cuando se realice la indización en vía judicial, podemos

establecer que entonces el ciudadano que acudió a dichas figuras, ha quedado plenamente reparado e indemnizado por la ocurrencia de su perjuicio.

La financiación de estos fondos Colombianos proviene de las contribuciones hechas al Estado como en el caso de hidrocarburos, otros simplemente provienen del gobierno nacional, pero en caso del Fondo de Reparación de víctimas (Ley de víctimas), los recursos provienen de sus victimarios, en ocasiones entregan bienes muebles o inmuebles, en el cual la Unidad de Víctimas trata de mantenerlos en el mejor estado posible con el fin de venderlos a terceros y de esa forma proceder a reclamar dicha indemnización o compensación. Estos fondos en su gran mayoría son creados a través del órgano legislativo o por el sector central de la Administración colombiana.[81]

Si en Colombia, se optara por implementar los fondos de indemnización del sistema francés, esto generaría una mayor descongestión en cuanto a la Administración de justicia, la justicia no sería tardía, para quienes pretende que sea reparado su daño. El ciudadano del común, tendría la facultad de decidir, en cuál de las dos sedes quisiera que lo repararan.

La idea sería que el ciudadano simplemente acudiera a los fondos de indemnización de manera principal, y que la base del sistema indemnizatorio sea la que se ha establecido por el Consejo de Estado, en su jurisprudencia, como por ejemplo la reaparacion de perjuicios y los niveles: "*Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes). Tendrán derecho al reconocimiento de 100 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 80 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 60 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 40 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e*

[81] VELILLA, Morena Marco Antonio. Aproximación a la indemnización de las víctimas por vía administrativa y judicial. In Memorias Seminario Franco Colombiano. Consejo de Estado. Bogotá. 2008, p.p 371-380.

inferior al 30%; a 20 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 10 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.",[82]

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE REGLA GENERAL					
	NIVEL 1	**NIVEL 2**	**NIVEL 3**	**NIVEL 4**	**NIVEL 5**
	Relaciones afectivas conyugales y paterno filiales	Relación afectiva del 2° de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3° de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4° de consanguinidad o civil	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en salarios mínimos	100	50	35	25	15

Para los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros. Para los niveles 3 y 4, además, se requerirá la prueba de la relación afectiva. Para el nivel 5 deberá ser probada la relación afectiva.

y que de manera residual, cuando el ciudadano no esté conforme con dicha reparación otorgada en sede administrativa, acuda a la vía jurisdiccional para buscar una indemnización plena en virtud del principio de resparacion integral, en ambos caso simplemente pues se acreditaría la ocurrencia hecho dañoso como consecuencia de una actividad lícita o ilícita del Estado, y teniendo como base la presunción del principio de buena fe, aunado a la idea de que el ciudadano no tenga esa carga probatoria si no que ésta sea asumida por el Estado Colombiano, conforme a la portura actual del Consejo de Estado, en donde el ciudadano,

[82] COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, con el fin de recopilar la línea jurisprudencial y establecer criterios unificados para la reparación de los perjuicios inmateriales.

debe solo acreditar el daño y actividad desplegada por la Administración (acción u omisión), dado que el tecer elemento antes estudiado por el alto tribunal que es el nexo causal entre el primero y el segundo, pues queda subsimido en los dos expuesto anteriormente, pues lo relevante seria que este ultimo sea debidamente probado demostrado por la victima, en relación con la teoría de causa – efecto.

SECCION 2. LA TEORÍA DE LA SOCIALIZACIÓN DEL RIESGO DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS FONDOS EN COLOMBIA: FOSYGA

Como es bien sabido, en Colombia no cuenta con una implementación directa de la figura de los fondos de indemnización del sistema francés en nuestro ordenamiento jurídico; contamos con fondos creados para ciertas situaciones que buscan de cierta manera la minimización de los riesgos creados o derivados de la actuación del Estado colombiano. Uno de ellos es el Fondo de Solidaridad y Garantía.

La creación del Fosyga (fondo de solidaridad y garantía) aparece con el Decreto 1031 de 1991 y la Ley 100 de 1.993, se creó el para garantizar la compensación entre las personas de diferentes ingresos y riesgos, la solidaridad del Sistema General de Seguridad Social en Salud y cubrir los riesgos catastróficos y los accidentes de tránsito.

Este fondo está adscrito al Ministerio de Salud y no goza de personería jurídica ni planta de personal propio. El fondo de solidaridad y garantía creado por el gobierno nacional, cuyo dinero es manejado por encargo fiduciario.

Este fondo busca garantizar la reparación integral a las víctimas de accidentes de tránsito y eventos terrorista.

En el Artículo 219 la citada Ley definió la Estructura del FOSYGA en subcuentas independientes, así:

1. De Compensación Interna del Régimen Contributivo
2. De solidaridad del régimen de subsidios en salud
3. De promoción de la salud
4. Del Seguro de Riesgos Catastróficos y Accidentes de Tránsito, según el artículo 167 de esta Ley.

Además, el fosyga, ayuda al financiamiento de las indemnizaciones por incapacidad o muerte de la persona afectada por eventos catastróficos o enfermedades de alto riesgo y pagos de los servicios de salud; este también cubre el pago de los servicios de salud en los casos de vehículos fantasmas o seguros no válidos. Para acceder a dichos recursos el ciudadano debe cubrir los requisitos exigidos, adicionalmente llenar los formularios, como por ejemplo para los casos descritos en el "*Decreto N° 1283 de 1996 lo siguiente:*

1. *Registro de defunción*
2. *Registro civil de matrimonio de la víctima, si era casada*
3. *Registro Civil de nacimiento de los hijos de la víctima*
4. *Manifestación del interesado, si la víctima vivía en unión libre*
5. *Registro civil de nacimiento de la víctima, si era soltera*
6. *Registro civil de nacimiento de los padres, si son ellos los que cobran la*
7. *indemnización*
8. *Las demás pruebas supletorias del estado civil, previstas en la Ley."*[83]

Como lo afirma el escritor Jaime Orlando Santofimio Gamboa: "….*Con la necesidad de comprender el modelo de sociedad moderna inmerso de en múltiples riesgos de los que cabe el desencadenamiento de diferentes hechos dañosos (denominada por ULRICH BECK). El proceso de formación del régimen de responsabilidad se ha encaminado hacia la*

[83] FOSYGA. ¿Qué Es?. Citado el 22112016. Disponible en: http://www.renovacionmagisterial.org/inicio/docs/mar2008/001.pdf FOSYGA. ¿Qué Es? PDF.

"socialización" de los riesgos que tiende a hacer de la Administración publica una suerte de asegurador de todos los riesgos de daños que puedan sufrir sus administrados."[84] Este modelo de fondo en Colombia se puede encuadrar dentro de los fondos del sistema francés, dentro de la categoría de Fondos por riesgos naturales o sociales.

Esto es visto hoy por hoy, como un nuevo cambio en el paradigma de sociedad del riesgo, con lo cual se busca minimizar o canalizar los riesgos se surgen o se afloran con el paso a la sociedad moderna o contemporánea, mientras que el Estado aparece como garante de esos riesgos presentados tanto como por el agente del Estado como por el particular e incluso por la naturaleza misma. A la función sancionadora del derecho de la responsabilidad se superpone una función de garantía y cuya carga actualmente fluctúa entre la legislación, el aseguramiento y la solidaridad nacional.

Dado que la creación de estos fondos en Colombia se da gracias al principio de solidaridad (articulo1) que contempla la Constitución de 1991, lo relevante para el derecho en la creación de esto fondos, cuya finalidad es la reparación integral de daños ocasionados, es que dicha implementación del modelo francés no ha sido en Colombia la más efectiva, puesto que a pesar de contar con la financiación en ellos, la manera de tener acceso a la indemnización es más dispendiosa, en vez de ser un mecanismo que aporte a una solución integral a la víctima trae consigo problemáticas en cuestiones tan elementales como la tramitología que surge al interior de cada fondo, además de los problemas administrativos y niveles de corrupción que se afrontan un Estado como el colombiano.

Pero, ¿que se entiende por el principio de reparación integral en Colombia? el principio de reparación integral esta contemplado en el articulo 16 de la ley 446 de 1998 y ha entrado de manera reciente en una inescindible relación con el derecho constitucional.[85]

---

[84] Instituciones del derecho administrativo en el nuevo código una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011, *in* "Aspectos de la acción de reparación directa y su despliegue en la visión moderna del juez contencioso administrativo", Santofimio Gamboa Jaime Orlando, Consejo de Estado.
[85] GIL, Botero Enrique. La consitucionalizacion del derecho de daños.Editorial Temis, Bogotá2014.p47.

Entonces, teniendo en cuenta estos factores y dado que en Colombia pueda que existan fondos para la reparación de daños en caso muy puntuales, es muy probable que la implementación de estos fondos para los casos que se generen de la responsabilidad del Estado, en especial los derivados de los regímenes de responsabilidad estatal, serian apropiado dado que al no existir la bases necesarios para implementarlos o de ser implementados gozarían puede que surjan las misma dificultades que afrontan el sistema judicial existente y fondos creados para indemnización en los casos puntuales hasta el momento.

Teniendo en cuenta, que la herramienta jurídica principal dentro de un Estado, es el derecho puesto que este quien ayuda a regular las conductas que se generan en las sociedades modernas, con el fin de no generar riesgo no previsto dentro la normatividad moderna y que en ultimas bajo un estado social de derecho busca satisfacer las necesidades de los administrados. La función esencial de los fondos de reparación al igual que en los regímenes de responsabilidad actuales, radica en que cuando existe un daño en cual no se está obligado a soportar el individuo, es una reparación, esa reparación es vista como compensación y de alguna manera que esa compensación trate vuelva las cosas al estado inicial antes de la ocurrencia del hecho dañoso, sin que ello no implique que no pueda acudirse a la vía jurisdiccional con el fin de que perjuicio sea reparado de manera satisfactoria.

III. CAPITULO 4. LA RESPONSABILIDAD POR RIESGO EN EL ESTADO POSMODERNO COLOMBIANO

En la actualidad colombiana, hemos visto muchos vaivenes, en la actividad judicial por parte de quienes administran justicia, como se ha mencionado en ocasiones generando nuevas posturas o retroceso, propios de los nuevos retos y paradigmas que se sucintan en las sociedades modernas propias de un Estado posmoderno, que debe ir de la mano en cuanto a la regularización y reglamentación de nuevas conductas o sucesos que implica la intervención del legislador dentro una sociedad.

En sus inicios, la responsabilidad por riesgo era en principio relacionado con el tema de la responsabilidad objetiva del Estado, que tiene como punto de partida la noción del daño antijurídico,[86] esto es, porque su núcleo está en la condición antijurídica de ese daño, es decir como lo expresa el tratadista Gil Botero: *"la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extramatrimonial y que la víctima no está obligada a soportar*",[87] sin que se ejerza la conducta irregular desplegada por el sujeto público. Frente a este punto, la responsabilidad se mantuvo a cargo del Estado, esto es, sin que la reforma la haya alterado.

A través de la historia, y como lo epone el tratadista Hernaán Andrade: "…. *se le ha denominado la responsabilidad objetiva, que viene a ser el riesgo creado o riesgo excepcioal que puede presentarse bajo diversas modalidades y que deriva su extistencia de la consideración según la cual el sujeto de derecho que despliega una actividad cuya realización implica el riesgo de ocasionar daños, debe asumir la responsabilidad derivada de su causación en el evento en que sobrevenga".*[88]

---

[86] GIL, Botero Enrique. Responsabilidad Extracontractual del Estado. Cuarta edición. Ed. Ibañez. Bogotá. 2010. Pp. 115-117.
[87] COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 13 de julio de 1993, de la sección tercera, magistrado ponente, Montes Hernández (exp. 8163).
[88] ANDRADE, Rincón Hernan.Los títulos de imputacin y la responsabilidad del Estado.*In* Instituciones de derecho administrativo. Tomo II responsabilidad, contatos y procesal. Editorial Ibañez, Bogotá, 2016, p.91.

Dentro del titulo de imputación antes mencionado riesgo creado o riesgo execpional pueden existir varias modalidades tales como: teoría del riesgo provecho, teoría del riesgo industrial, riesgo profesional, riesgo de la propiedad, riesgo social; sin embargo, en materia de responsabilidad estatal tenemos en cuanta las siguientes como lo explica el autor Hernán Andrade:

> *a. responsabilidad por riesgo peligro: la imputación por riesgo peligro procede en aquellos casos en los que la Administracion interviene en la ocurriencia del daño, pero no por haber fallado en el cumplimieno de sus obligaciones, sino por haber creado consiente y lícitamente un riesgo a partir de la utilización de un objeto (armas, vehículos), una sustancia (combustibles, químicos) o una instalación (redes de energía eléctrica) que resulta en si misma peligrosa , pero que es útil o necesaria para el cumplimiento de los fines del Estadoo o para satisfacer demandas colectivas de bienes y servicios (Consejo de Estado,Seccion Tercera, sentencia de 9 de mayo de 2012, Exp.22.304, MP. Enrique Gil Botero); b.responabilidad por riesgo beneficio: se incluye dentro de la categoría riesgo – beneficio aquella actividad que, aunque no entrañe verdadera peligrosidad, "conlleva la asunción de las consecuencia desfavorables que su ejercicio pueda prodcuir, por parte de lapersona que de dicha actividad se beneficia". En este caso, el fundamento de la responsabilidad recae, no ya en el peligro creado por el Estado, sino en el proecho que este o la comunidad recibe como consecuencia del ejercicio de la actividad riesgosa correspondiente. (Consejo de Estado.Seccion Tercera, sentencia del 26 marzo de 2008, exp.16.530, MP.Mauricio Fajardo Gómez); c.Riesgo conflicto: esta categoría, " surge del reconocimiento de que, dada la situación del conflicto armado, el cumplimiento de ciertos deberes legales y consitucioales genera para la población civil un riesgo de naturaleza excepcional en la medida en que la pone en pligro de sufrir los efectos de los ataques armados que los grupos guerrilleros dirigen contra los bienes e instalciones que sirven como medio para el cumplimiento de esos deberes y el desarrollo de dichas actividades (Consejo de Estado, sentencia de 29 de octubre de 2012, Exp. 18.472. MP: Danilo Rojas) y d. responsabilidad por riesgo alea: "cierto tipos de actividades o procedimientos, que pueden dar lugar, quizás con la ineludible mediación del azar o de otro tipo de factores imprevisibles, a la producción de daños sin que medie asomo alguno de culpa" (Consejo de Estado, Seccion Tercera, sentencia del 8 de junio de 2011. Exp. 17.990 MP (E) Gladys Agudelo).*[89]

De otro lado la responsabilidad extracontractual del Estado, se empieza a consolidar a través de la culpa extracontractual, y poco a poco se fue desarrollando la institución basada en la

---

[89] ANDRADE, Rincón Hernan.Los títulos de imputacin y la responsabilidad del Estado.*In* Instituciones de derecho administrativo. Tomo II responsabilidad, contatos y procesal. Editorial Ibañez, Bogotá, 2016, p.91.

culpa, esto es, por la falla del servicio; sin embargo esta fue insuficiente porque muchas veces el Estado obra justificadamente pero aun así genera daños por los cuales los administrados no están obligados a soportarlos, luego el Estado debe entrar a indemnizarlos, y esa imputación al Estado se realiza a través de una acción de reparación directa creada vía legislativa, y no de rango constitucional, en donde la victima solo debe acreditar la ocurrencia del daño, y de esta forma lograr que se declare responsable al Estado y buscar la indemnización del perjuicio, por contar con la garantía constitucional en un Estado Social de Derecho.

En Colombia, la forma de hacer efectiva esa reparación del daño antijurídico es mediante el medio de control de reparación directa (antes acción de reparación directa art.86 C.C.A), que se realiza por medio de un proceso judicial en virtud de: "*se habla de que en un principio el restablecimiento estaba a cargo de la Administración, porque en virtud de la ley 446 cambiaron fundamentalmente la cosas, ya que las entidades públicas no solo serán demandantes en las acciones de repetición cuando resultaren condenadas o hubieren conciliado, sino también cuando sean perjudicadas por la actuación de los particulares.*"[90] Es por esto que a diferencia del sistema colombiano, en el sistema francés solo hay que establecer que el hecho dañino causo un perjuicio a la persona que solicita la indemnización.[91]

Una de las nuevas posturas del Consejo de Estado, es la implementación de la Teorías conflicto-riesgo, ha generado varios cambios relevantes entre ellos la que a continuación menciono, proveniente de la Sección Tercera, Subsección B, Rad. 07001233100020010134502 (28711), del Magistrado Ramiro De Jesús Pazos Guerrero, actor: Arcadio Bernal Supelano y otro, donde condenan al Estado Colombiano por los

---

[90] BETANCUR, Jaramillo Carlos. Derecho procesal administrativo. Séptima edición. Editorial Señal. Medellín. 2009. Pp.168, 169.

[91] CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS, 25 de enero 1952, Lassalle- Barrére; 25 de enero de 1952, Simón Dalloz, p 549, lo comenta el Dr. Henao Pérez, haciendo una diferenciación con el sistema Colombia gracias un fallo de Corte Suprema de Justicia de fecha 24 de junio 1942, donde se establece el requisito para solicitar la indemnización.

perjuicios morales ocasionados en marco del conflicto armado colombiano, en aplicación directa de la Convención Americana de Derechos Humanos, en virtud de la inminente exposición de la población civil a los riesgos generados por tener una estación de policía en el casco urbano. Aquí se establece el título de imputación del riesgo excepcional, pues queda demostrado el ataque fue a la estación de policía, cumpliéndose los elementos propios de dicho título de imputación, pues existe un rompimiento frente a las cargas públicas que debe asumir el ciudadano dentro del actuar legitimo del Estado.

El Consejo de Estado Colombiano, en su parte considerativa del fallo expone: "*De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, en zonas en las cuales se vea alterado el orden público con frecuencia, las estaciones de policía deben tener una ubicación que no ponga en riesgo a la población aledaña. Por otra parte, en los casos de ataques terroristas, es imperante para el Estado proteger de manera especial las edificaciones religiosas, en aras de "proteger el ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa y cumplir con los compromisos asumidos en los instrumentos internacionales", con el fin de garantizar la seguridad de las mismas*."

De otro lado, dentro de la Sentencia del Consejo de Estado, Sección. Tercera, Subsección B, Rad. 07001233100020010147901, M. P. Ramiro De Jesús Pazos Guerrero, actor: Argemiro Torres y otra, se responsabiliza a Estado Colombiano, por la toma guerrillera, sufrida por un ciudadano al quedar herido producto del fuego cruzados entre los guerrilleros de las FARC y la fuerza pública, aquí el título de imputación establecido fue el falla de servicio, pues alega además la omisión Agrega que las entidades conocían el riesgo que se cernía contra la población de Cravo Norte, y a pesar de ello, no adoptaron las medidas necesarias para proteger la vida e integridad de sus habitantes.

En este caso, se realizó bajo el medio de control de reparación directa, pero el título de imputación varió en cada caso en concreto, pues si bien es cierto, que los daños acaecidos en ambos casos fue producto de un actuación legitima de la fuerza pública y debido a los riesgos creados a partir de la existencia de una estación de policía y en el marco del conflicto armado

colombiano, para lo cual el Consejo de Estado, ha aplicado la teoría del riesgo – conflicto como nueva postura al interior de este órgano de cierre, derivando en la responsabilidad de responder por parte del Estado, pues este nunca pierde su posición de garante de los derechos de los administrados.

El Consejo de Estado ha precisado lo siguiente en cuanto a la teoría del riesgo:

> *"La categoría de riesgo llamada riesgo-conflicto surge al reconocer que, dada la situación de conflicto armado interno, el incumplimiento de ciertos deberes constitucionales por parte del estado genera para la población civil un riesgo de naturaleza excepcional en la medida en que la pone en peligro de padecer los efectos de los ataques que los grupos guerrilleros dirigen contra los bienes e instalaciones representativos del Estado. Sin embargo, teniendo en cuenta que dicho riesgo se deriva de la existencia del conflicto armado interno, su naturaleza es contextual, porque no en todos los municipios del país es factible que se produzca una incursión armada de la guerrilla o un ataque contra la infraestructura del Estado."*

En sentencia del veintiséis (26) de febrero de dos mil quince (2015), el Consejo de Estado concepto lo siguiente frente al tema de imputación fáctica:

> *" Por consiguiente, si bien la imputación fáctica tiene un sustrato material o causal, lo cierto es que no se agota allí, puesto que ante su vinculación con ingredientes normativos es posible que en sede de su configuración se establezca que un daño en el plano material sea producto de una acción u omisión de un tercero, pero resulte imputable al demandado siempre que se constate la ocurrencia de cualquiera de los siguientes aspectos: i) con fundamento en el ordenamiento jurídico se tenía el deber de impedir la materialización del daño (posición de garante); ii) con su actividad se incrementó el riesgo permitido (creación de un riesgo jurídicamente desaprobado); o iii) se estaba dentro del ámbito de protección de una norma de cuidado.*
>
> *Ahora bien, teniendo en cuenta el título de imputación alegado en la demanda (falla del servicio), cabe destacar que, en tratándose de los daños sufridos por las víctimas de hechos violentos cometidos por terceros, la Sala ha considerado que los mismos son imputables al Estado cuando i) en la producción del hecho dañoso intervino o tuvo participación la Administración Pública a través de una acción u omisión constitutivas de falla del servicio; ii) en los eventos en los cuales el hecho se produce con la complicidad de miembros activos del Estado o, iii) cuando la persona contra quien iba dirigido el acto había solicitado protección a las autoridades y éstas no se la brindaron o, iv) porque en razón de las 43 Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010, exp. 18.274, Actor: Blanca Rosalba Prieto Rubio y otros. 23 Expediente No. 30.885 Actor: Gustavo Adolfo Gnecco Referencia: Apelación sentencia*

- Reparación directa especiales circunstancias que se vivían en el momento, el hecho era previsible y no se realizó actuación alguna dirigida a su protección".[92]

Esta teoría, no es más que un nuevo renombre de acuerdo a la investigación de lo que se conoce como responsabilidad por actos terroristas cometidos por grupos al margen de la ley en virtud de un conflicto armado. En estos, casos existe un desequilibro de las cargas públicas, imponiéndole al ciudadano una carga especial, que no está en la obligación de soportar. Esta imposición de esa carga especial como bien lo explica el tratadista Carlos Bernal Pulido se traduce en: *"vulneración del derecho a la igualdad.*"[93]

Los sistemas de responsabilidad patrimonial del Estado en el derecho francés son: la falla del servicio, el principio de igualdad frente a las cargas públicas, y la teoría del riesgo.

El tratadista Javier Tamayo Jaramillo estipula que en Francia no está consagrado el régimen de responsabilidad del Estado por actos terroristas y que por el contrario lo que existe son sistemas de indemnización basados en principios de solidaridad social, el profesor Tamayo Jaramillo afianza su criterio en base a Rougen Vabille, en la cual expresa:

"*la responsabilidad del poder público francés no puede comprometerse, ni sobre el terreno de la falta, ni sobre el de la igualdad ante las cargas públicas (salvo una ley que establezca un régimen especial de indemnización), del hecho de daños cuyo hecho generador esté ligado a la conducción de la guerra a operaciones de guerra. Esta regla planteada desde un comienzo, se mantiene invariable por la jurisprudencia… "en ausencia de una disposición legislativa que brinde derecho a la indemnización, la responsabilidad del Estado no podría comprometerse por ese hecho" (redacción de la decisión del Consejo de*

---

[92] COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo Seccion tercera - subseccion a Consejero Ponente: Hernan Andrade Rincon Bogotá, D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil quince (2015) Expediente No. 30.885 Actor: Gustavo Adolfo Gnecco Referencia: Apelación sentencia - Reparación directa.

[93] BERNAL, Pulido Carlos y VIANA, María José. *"¿Hasta qué punto debe responder el Estado por actos de terrorismo?"*, ámbito jurídico, 29 de mayo 2016. Citado el 20112016. Disponible en: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3695.

Estado 31 de mayo de 1961, compañía francesa de cueros, rendida a propósito del desvió del un navío sobre Inglaterra en mayo de 1940).”[94]

En el mismo sentido, el profesor español Ricardo de Angel Yaguez, plantea que la indemnización en Francia por actos terroristas: “*se lleva a cabo por medio de un fondo de garantía (creado sobre el modelo del fondo de accidentes de circulación), que se financia por medio de un impuesto que grava todas las pólizas de seguro sobre la propiedad.*

La indemnización se concede a todo aquel que, cualquiera que sea su nacionalidad, es víctima de actos de terrorismo en suelo francés e incluso a los ciudadanos franceses en el extranjero, siempre que se hubiesen registrado ante las oficinas consulares.”[95]

Frente a esta teoría, existen varias posturas y tratadista que abordan el tema, pues existen quienes manifiestan no están fácil encuadrar la responsabilidad por riesgo- conflicto o actos terrorista dentro de los títulos de imputación de la Responsabilidad extracontractual del Estado. Como hemos visto dentro de los dos casos anteriormente expuestos, existen dos títulos de imputación: falla en servicio y el riesgo excepcional.

Frente a la Falla en el servicio (régimen subjetivo), entendida como la falla del servicio tiene diversas manisfestaciones y se presentará cuando el Estado actué mal, actué tardíamente o no actué. Un ejemplo claro de ello se ilustrara como lo expone el profesor Hugo Arenas asi: “*falla del servicio en prestación d elos servicios públicos en general: El Estado al tener tantas funciones pueden causar diversos tipos de daños durante la prestación de servicios públicos tanto por acción como por omisión. ”*[96]

---

[94] ÁMBITO JURÍDICO. Citado el 20112016. Disponible en: http://www.ambito-juridico.com.br.
[95] Ibíd.
[96] ARENAS, Mendoza Hugo Andrés. La responsabilidad extracontractual del Estado a partir de la constitución de 1991. *In* Instituciones de derecho adminstrativo. Tomo II responsabilidad, contratos y procesal.Grupo editorial Ibañez.2016. p 34.

Y el Riesgo excepcional (Regimen Objetivo) entendido como: "P*ara resumir, el riesgo excepcional es aquella situación peligro realizada por el Estado opor un tercero que en ejecución de una actividad peligrosa, crea un daño para un apersona la cual no está en el deber de soportarlo generando así el rompimiento de la igualdad de las cargas publicas requisitosine qua non,para adquirir el derecho a serindemnizado, sin necesidad de tener que demostrar la culpa del agente que causo eldaño, pues basta con probar el hecho dañoso y su nexo causal con el daño."*[97]

Este titulo de imputación, ha tenido avances y retrocesos en cuanto las posturas de las altas cortes colombianas, pues como es bien sabido casi todo el desarrollo de estos títulos de imputación dentro de la responsabilida patrimoinial ha sido producto a jurisprudencia existente, generando en ocasiones confusiones y/o interpretaciones erróneas y es por esta razón que ellos mismo (aplicadores jurídicos) ha tenido que optar por delimitar cuando procede cada uno de estos títulos de imputación, y de ello se ha podido establecer un requisito común como es el del rompimiento de las cargas públicas y la delimitación realizada por el la Jurisprudencia hasta el momento permiten confundir el titulo de imputación adecuado para un caso respectivo.

Sin embargo, suele suceder que como no se conoce el actor del acto terrorista en muchas ocasiones, pues, es claro que la víctima no tiene como obligar a la reparación de eso daños, motivo por el cual pues el ciudadano víctima de ese daño, suelen dirigirse contra el Estado (este nunca pierda su posición de garante en preservar la vida de las personas y el control del orden publico), aun cuando este último no es el actor ni responsable directo. Esto ocurre en virtud a que todo daño debe ser reparado y en virtud de protección que demos gozar los ciudadanos dentro del Estado Social de Derecho. Con ello, pues la victima acude al principio de solidaridad, estipulado en la Constitución Política colombiana, con el fin de que su daño sea reparado en la totalidad.

---

[97] BEDOYA, Jimenez Carlos Felipe. ANALISIS DEL RIESGO EXPECIONAL Y DAÑO ESPECIAL. https://es.scribd.com/doc/113993586/ANALISIS-DEL-RIESGO-EXCEPCIONAL-Y-DANO-ESPECIAL

Con esto, se podría extralimitar la funcionalidad de la cláusula general de responsabilidad contenida en el artículo 90 de la Constitución Política, pues es claro, que el Estado, entonces respondería por cualquier daño antijurídico acaecido en el marco de un acto terrorista producto del actuar de un tercer. Por esta razón, esa responsabilidad, puede generar una insuficiencia para sufragar los gastos por parte del Estado, pues en esa medida no toda victima directa o indirecta que sufra un daño, que no está en el deber de soportar podrá acceder a la reparación de dicho daño y se tendría que acostumbrar el ciudadano a riesgo que se puede crear en virtud del conflicto armado que tiene nuestro país y de esa forma no habría un rompimiento efectivos de cargas públicas y del derecho a la igualdad, lo cual traduciría en que el Estado no sería responsable por actos terroristas desarrollados por tercero, si no que su única responsabilidad recaería en su actuar legitimo o ilegitimo.

SECCION 1. LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN COLOMBIA

En Colombia en materia de responsabilidad extrapatrimonial del Estado, en términos del daño antijurídico ha sido la acreditación de los elementos propios de aquella figura contemplada en nuestra constitución, los cuales son un daño, el hecho generador del daño y la relación de causalidad entre el primero y el segundo elemento.

La acreditación de la relación de causalidad, es un elemento clave para endilgar la responsabilidad extracontractual del Estado, pues con ello se corrobora el no rompimiento de ese nexo causal y con ello, se ratifica la ocurrencia del daño antijurídico.

En Colombia, el artículo 90 de la Constitucion Politica introduce los términos de danños antijurídicos, basados en doctrina española.[98]

---

[98] ARENAS, Mendoza Hugo Andrés, El régimen de responsabilidad objetiva, Segunda edición, Editorial, Legis, 2017. P 71.

La definición de daño antijurídico, consiste en "*la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extramatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar*". [99]

Definición que comparte el tratadista Juan Carlos Henao, y la cual el complementa con los siguiente "*El daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil.*"[100]

Es de ahí donde podemos observar que el primer elemento que se analiza en régimen de responsabilidad del Estado colombiano radica en el elemento daño. El daño es analizado desde su origen y partiendo de la base si la persona está en la obligación de soportar dicha conducta desplegada por la administración o sus agentes.

"La reparación del daño debe dejar indemne a la persona, esto es, como si el daño no hubiere ocurrido, o, al menos, en la situación más próxima a la que existía antes del suceso."[101]

Una vez en presencia del daño antijurídico o injusto, hay que precisar cuál fue el origen de este, esto implica indagar acerca de la causalidad; la causalidad jurídica, es decir, la imputación que se hace presente una vez se determina la existencia del daño antijurídico.

La jurisprudencia y la doctrina han indicado unas características propias del daño antijurídico, en cuanto este deber ser: directo, personal y cierto.

En lo refrente el autor Hugo Arenas expone: *"... sobre las caracterisiticas que deba presentar se el daño son los siguientes: cierto*[102]*, personal*[103] *e injusto. Sin embargo, se debe*

---

[99] ESGUERRA, Portocarrero Juan Carlos, *La protección constitucional del ciudadano,* editorial Legis, 2010.
[100] HENAO, Pérez Juan Carlos, "El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del estado en derecho colombiano y francés", Universidad externado de Colombia, Bogotá, 1998, p 37.
[101] Ibídem p 45.
[102] El primer elemento que debe cumplir el daño es que sea cierto o efetivo, que realmente haya posibilidad de probar su existencia por parte de quien lo padece. Cuando el perjuicio se ha consolidado, el juez tiene constancia de que la lesión se ha configurado efectivamente y será el fundamento factico de la sentencia.
[103] Otro de los requisitos establecido por la jurisprudencia es que el daño se personal. Por esto una vez comprobado la existencia del daño, es conveniente entrar a a analizar quien es el particular al que concretamente se le causa el daño antijurídico y asi poderlo indemnizar.

tener siempre presente, siguiento al profesor argentino Carlos Ghersi, que la noción de daño también puede contener elelemtos extrajudico:"[104]

Frente a la característica directo, tiene una relevancia jurídica frente a esta característica, toda vez que si el daño no se ha producido o no es imputable al autor , no se origina una conexión entre este y el resultado, lo que conllevaría a que si no se materializó la realidad dañosa, no le es imputable.

El nexo de conexión, o de causalidad, debe existir entre la acción, omisión o conducta que genera el efecto. El nexo causal es lo que apunta a la imputación objetiva, teniendo en cuenta no solo criterios materiales o mecánicos. Sino también con elementos normativos que permiten o no atribuir la conducta dañosa.

El carácter personal del daño, hace alusión a la legitimación, es decir a quien tiene derecho de reclamar la reparación y de quien ostenta la titularidad del perjudicado o victima con el hecho dañoso.

El carácter cierto de daño como característica, permite verificar que este sea pasado, presente o futuro, y habrá certeza del mismo cuando aparezca la evidencia de lo que produjo o producirá una disminución o lesión material o inmaterial del patrimonio de la víctima, es decir que no puede ser reparado lo eventual, hipotético o posible. [105]

En palabras del autor arenas se expone fin del legislador en cuanto a los elementos o características del daño: *"Con esto el legislador pretende dos cosas: la promera, que el Estado no responda por daños que no tenga un perjudicado o victim determinada y, la segunda, que se excluyan aquellos daños que sean generales o graben a un grupo muy*

---

[104] ARENAS, Mendoza Hugo Andrés, El régimen de responsabilidad objetiva, Segunda edición, Editorial, Legis, 2017. p75.
[105] GIL, Botero Enrique, *Responsabilidad del Estado*, cuarta edición, editorial Ibáñez, 2010.

amplio de ciudadanos, es decir, que se coniertan en una crga colectiva (lo que haría imposible su protección patrimonial debido a los costos)".[106]

Con lo anterior podemos afirmar que además de los demás elementos, la causalidad es un elemento propio en principio de la responsabilidad civil. La jurisprudencia y la doctrina que para atribuirle y declarar a una persona la responsabilidad de un daño, es indispensable mirar la relación causa - efecto.

El autor Héctor Patiño expone al respecto: "*Salvo lo que se dirá más adelante, la jurisprudencia ha sido pacífica al establecer que el nexo de causalidad debe ser probado en todos los casos por el actor, independientemente de si el régimen de responsabilidad aplicable está fundamentado en la culpa, en la falla, o en alguno de los regímenes de responsabilidad objetiva. El nexo de causalidad es un elemento autónomo del daño y del fundamento que no admite, ningún tipo de presunción como sí lo admite la culpa o la falla."*

Frente al el nexo de causalidad, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia, aduce que este elemento debe ser probado en todos los casos. Así, por ejemplo en sentencia del 2 de mayo de 2002 dijo el Consejo de Estado: "*El accionante también tiene que demostrar en juicio la causalidad adecuada entre el daño padecido y la conducta de riesgo imputada al Estado mediante prueba directa o indirecta, porque la ley no ha señalado en materia de relación causal ni presunciones legales respecto de las cuales, probado un hecho (s) el legislador infiera su causalidad adecuada, ni tampoco los conocimientos del juez sobre la realidad social lo autorizan para deducir con certeza el nexo de causalidad eficiente y determinante. La prueba del nexo puede ser: a) directa, mediante los medios probatorios que lo representan por sí mismo y/o b) indirecta, mediante indicios; este medio de convicción lógico indirecto, requiere de la demostración de unos hechos indicadores que apunten con fuerza el hecho indicado…".*

---

[106] ARENAS, Mendoza Hugo Andrés, El régimen de responsabilidad objetiva, Segunda edición, Editorial, Legis, 2017. p75.

Lo que la jurisprudencia pretende es no crear casos de presunciones de causalidad, y que con ello se genere una responsabilidad más abrumadora dentro del régimen de responsabilidad estatal colombiano.

Con relación al inciso cuarto del artículo 140 de la ley 1437 de 2011[107] establece que:

> *"Artículo 140. Reparación directa. En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.*
>
> *De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.*
>
> *Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.*
>
> *En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño*."

Adicional a esto es posible tomar como responsable al Estado, con ocasión a su manera de actuar la cual crea acciones muchas veces no previsto en cuanto al riesgo que genera. El Estado debe mitigar ese impacto, no recurriendo a un proceso contencioso, sino más bien a la creación de fondos públicos, con recaudos o financiación pública donde se pueda acceder a la reparación o indemnización integral, como mecanismo alterno que brinde la eficacia y eficiencia de la administración cuando este se ve inmerso en los riesgos producto de la modernidad.

Es claro, y como es bien sabido y reiterado y como se ha expuesto a lo largo de sta invetigacion y aunado a lo establecido por la jurisprudencia colombiana como por la doctrina,

---

[107] ARBOLEDA, Perdomo Enrique José. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011. Legis Editores. Bogotá. p.219.

que el accionante debe acreditar la existencia de los elementos y características propias de los daños acaecidos. Es decir, que debe demostrar la existencia de un daño, cierto, real y personal, aunado, a los hechos generadores del daño (acción u omisión) y el vínculo o la relación causal entre el daño y hecho generador; y de esta manera proceder a encuadrar este hecho dañoso dentro del régimen de responsabilidad extracontractual.Es de este canon constitucional y no de otro, de donde se desprende el régimen de responsabilidad estatal.

En comparación con el sistema de la responsabilidad de la Administración en la Comunidad Europea, esta tiene en cuenta al igual que en materia de responsabilidad civil extracontractual en Colombia ciertos elementos, los cuales son: la existencia de lesión en sentido técnico, la existencia de un título de imputación y por supuesta la relación de causalidad en el primero y el segundo para la ejecución del daño antijurídico; dándole una mayor trascendencia a la relación de causalidad. Para esto, se ha utilizado dos preceptos, el de la causalidad adecuada o eficiente y el de la teoría de la equivalencia de las condiciones.

El Consejo de Estado, en sentecia de unificación del 28 de agosto de dos mil catorce (2014) expuso lo referente respecto de los elementos del daño:

> *"El daño es el presupuesto principal de la responsabilidad extracontractual del Estado el cual exige para ser resarcido, desde el punto de vista de la responsabilidad subjetiva, (i) una conducta que constituya una infracción a la norma que tutela un interés legítimo[108] y (ii) el menoscabo o detrimento de un derecho patrimonial o extrapatrimonial de una persona afectada[109] que no tiene la obligación de soportarlo,*

---

[108] Cfr. DE CUPIS, Adriano, *El daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil*, traducción de la segunda edición italiana y estudio preliminar por Ángel Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona, 1970, p. 92. Hinestrosa sostiene que *"El daño es, por cierto, un fenómeno inherente al ser humano, a partir de la lesión a su integridad psico-física, siguiendo con el menoscabo de su patrimonio, hasta llegar a otras manifestaciones más sutiles, más refinadas o complejas de la lesión a derechos o a intereses suyos"*. HINESTROSA, Fernando. "Prologo", en Juan Carlos Henao, *El daño, Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 13.

[109] Cfr. GIL, Botero Enrique y RINCÓN, Jorge Iván, *Los presupuestos de la responsabilidad ambiental en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 11. Al respecto, Cortés define el daño como las *"consecuencias perjudiciales que se derivan de la lesión de un interés"*. CORTES, Edgar, *Responsabilidad civil y daños a la persona*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p. 49.

por no existir causas jurídicas que así lo justifiquen.[110]

10.1. Para que un daño sea indemnizable, es indispensable verificar ex ante la configuración de los elementos que lo estructuran, es decir, que sea cierto[111]*, actual*[112]*, real*[113]*, determinado o determinable*[114]*, anormal y protegido jurídicamente*[115]*. En síntesis, estos elementos parten de la premisa según la cual, la antijuridicidad del daño no se concreta solo con la verificación de la lesión de un derecho o de un interés legítimo, sino con los efectos derivados de la lesión que inciden en el ámbito patrimonial o extrapatrimonial, los cuales son injustamente padecidos por la víctima.*

10.2. Al respecto, el precedente constitucional ha sostenido que la responsabilidad estatal se justifica por el hecho de que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar el daño, pues es el mismo Estado el que tiene el mandato de preservar los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la Administración."[116]

"10.3. En otras palabras, desde una perspectiva constitucional y siguiendo lo sostenido por la doctrina, si bien existen vínculos sustanciales o primarios para todo el poder

---

[110] Cfr. MARTÍN, Rebollo Luis. "La responsabilidad patrimonial de la Administración pública en España: situación actual y nuevas perspectivas", en *Congreso Internacional de Derecho Administrativo (En Homenaje al profesor Luis Farias Mata)*, Rafael Badell (coord.), Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006, pp. 278 y 279.

[111] COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 10 de abril de 2010, rad. 18878, reiterada por la sentencia del 1º de febrero de 2012, rad. 20505, M.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz.

112 COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 14 de marzo de 2012, rad. 20497, M.P. Olga Mélida Valle de De La Hoz; sentencia del 12 de febrero de 2014, rad. 28857, M.P. Olga Mélida Valle de De La Hoz.

113 COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 10 de agosto de 2001, rad. 12555, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

114 COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 3 de febrero de 2010, rad. 18425, M.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia del 19 de mayo de 2005, rad. 2001-01541 AG, CP. María Elena Giraldo Gomez.

115 CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 2 de junio 2005, rad. 1999-02382 AG, CP. María Elena Giraldo Gómez.

116 "El perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. La Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la Administración. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización. Igualmente no basta que el daño sea antijurídico sino que éste debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública". Corte Constitucional, sentencia C-333 del 1º de agosto de 1996 que estudió la constitucionalidad del art. 50 parcial de la Ley 80 de 1993.

> *público representados por los derechos subjetivos, esto es, un sistema de deberes consistentes en obligaciones de prestación o en prohibiciones de lesión*[117]*, también existen vínculos secundarios, lugar donde se alberga la cláusula de responsabilidad estatal como una garantía de reparación, la cual opera en caso de que los vínculos sustanciales sean violados por la acción u omisión del Estado. Así las cosas, el instituto de la responsabilidad es una garantía de rango constitucional que vela por la dignidad del ser humano, y "se sitúa en lo más alto de las fuentes positivas que disciplinan las relaciones del Estado con el hombre: el Estado no se ha hecho a sí mismo, no es fruto de su propia voluntad, sino que ha sido creado por los hombres, en su deseo de vivir con dignidad y seguridad."*[118]

Adicionalemte, conceptuo acerca de la apliacion del control de convencionalidad - por juez que estudia responsabilidad extracontractual o patrimonial del Estado, en cual expuso:

> *"El juez de daños como juez de convencionalidad en el ordenamiento interno, tiene la facultad para revisar el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos por parte de las autoridades públicas internas. En ese orden, si bien el control de convencionalidad, visto como una técnica de orden estatal, le sirve al juez de daños para ejercer un control objetivo de constatación del cumplimiento de obligaciones internacionales, también le sirve para confrontar la posible abstención de una obligación de hacer, que nace de un estándar funcional de origen internacional, de allí que, en caso de concretarse un daño antijurídico, este le puede ser imputable al Estado. (...) Por lo tanto, el control de convencionalidad proporciona al juez de daños una herramienta que le permite, a partir del prisma de normas supralegislativas en las que se reflejan los comportamientos estatales, identificar las obligaciones vinculantes a cargo del Estado y fundar la responsabilidad de este cuando se produce un daño antijurídico derivado del incumplimiento de dicho estándar funcional. (...) pese a que los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos son subsidiarios respecto de los nacionales, el juez contencioso administrativo, en aras de amparar in extenso a una víctima de un conflicto armado, debe incorporar en su interpretación y aplicar directamente estándares desarrollados por organismos internacionales de protección de derechos humanos, con el fin de analizar la conducta del Estado y sus agentes a la luz de las obligaciones internacionales y nacionales."*[119]

Sin embargo, es menester hacer referencia en cuanto a que el artículo (140 de la Ley 1437 de 2011) anteriormente expuesto, hace alusión en principio a un concepto de responsabilidad compartida, solidaría o de responsabilidad concurrente, que se ha venido desarrollando en el

---

[117] Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris*, T.I, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2011,p. 730.
[118] SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, trad. de Mariano Bacigalupo y otros, INAP, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 18.
[119] COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, en sentecia de unificación del 28 de agosto de dos mil catorce (2014) MP: Ramiro de Jesus Pazos Guerrero.

derecho anglosajón y en el derecho latinoamericano. En Colombia, la inclusión de este concepto dentro de la legislación administrativa deja entrever que será el juez quien establezca el grado de responsabilidad de cada participante en la ocurrencia del hecho dañino y así mismo el porcentaje que le correspondería a cada participante para la efectividad de la reparación integral de la víctima(as).[120] Esto siempre y cuando la víctima logre demostrarla acreditación del daño acaecido. Para lo cual, traigo a colación el caso de los Diputados del Valle del Cauca, secuestrados (11 de abril 2003) y asesinado (18 junio de 2007, sin que a la fecha el Consejo de Estado se halla pronunciado de fondo frente a este tema debido a que el Estado aduce que la muerte de los 11 de los 12 diputados no fue consecuencia del secuestro), pues al ser un hecho notorio y de una magnitud inimaginable, en esta ocasión la carga de prueba fue un poco más liviana, pues aquí las victimas antes el hecho, solo acreditaron el parentesco (ascendientes y descendientes) y los daños morales consistentes en sistema de depresión grave, problemas neurologiocos, tristeza, entre otros síntomas que lograron acreditarse con experticia de los profesionales pertinentes, y con lo cual se acredito el perjuicio del daño acaecido por ellos.

El concepto expuesto anteriormente proviene del derecho civil europeo,[121] sin embargo, la inclusión al ordenamiento jurídico colombiano se da a través del código civil chileno, compilado por Andrés Bello. Antes de lo cual era posible observar como lo único que se examinaba era si existía o no culpa para proceder a reparar integralmente los daños causados a quien esté en la condición de víctima, ya sea en materia de responsabilidad civil contractual o extracontractual, creando de esta forma una obligación para el Estado de indemnizar.

El código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, prevé para los casos donde el daño sea imputable simultáneamente a el particular y entidades públicas lo siguiente: "*El nuevo código pretende acabar, entonces con la solidaridad que se ha venido*

---

[120] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL SENTENCIA C-644 de 2011, Expresión subrayada declarada Exequible por el cargo examinado.
[121] BELTRAN, Sierra Alfredo. La Responsabilidad del Estado. Universidad Cooperativa de Colombia. Facultad de Derecho. Medellín. 2002. p. 5.

comúnmente aplicando en las sentencias, quizá en una controvertida aplicación del artículo 2344 del Código Civil al ámbito de la Administración pública. El hecho es que hay muchísimo caos en los que la participación del Estado en la producción de un hecho dañino es mínima, y en salvaguarda del patrimonio estatal, la ley opta por la divisibilidad de la obligación y no por la solidaridad, que se mira en ese caso injusta para los intereses de la comunidad que el Estado representa."[122]

Volviendo al caso en cuestión, lo concerniente a este escrito de estudio se ilustra en el régimen de responsabilidad extracontractual cuya base constitucional proviene del artículo 90,[123]donde se consagra el deber de responder por parte de la Administración en los caso de acción y omisión en las actuaciones del Estado, en donde es el ciudadano o administrado que se encuentra en una posición de indefensión o vulneración frente a su deber de soportar dichas actuaciones provenientes de los agentes del Estado Colombia poniendo en vilo la integridad de sus derechos amparados por constitución colombiana.

Después de tener claro el nexo causal, se realiza la imputación y se realiza conforme a la persona generadora del daño, al respecto el tratadista Juan Calor Henao Perez ha expuesto lo siguiente con relación a ello: "*se procede a hacer la imputación entendida –de acuerdo con el profesor Juan Carlos Henao- como "la atribución jurídica de un daño a una o a varias personas que en principio tienen la obligación de responder";* una vez hecha el juicio imputación, pues se procede a examinar las causales de exoneración de responsabilidad extracontractual: fuerza mayor, caso fortuito, culpa exclusiva de la víctima entre otras, con el fin de confirma si se está o no en presencia de alguna de ellas.

---

[122] Seminario Internacional de presentación del nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo ley 1437 de 2011, Consejo de Estado, Bogotá, p.p 301-302.

[123] CONSTITUCIÓN DE COLOMBIA, Editorial Leyer, Articulo 90: "*El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.*
En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste".

Con lo anterior y frente a los aspectos novedosos que trae consigo el Estado moderno, se puede establecer que a partir de cada caso presentado ante los órganos judiciales y del establecimiento del nexo causal y el posterior juicio de imputación, trae consigo nuevos escenarios de responsabilidad estatal, como por ejemplo, la responsabilidad por la actividad legislativa, propia del Congreso del Estado colombiano, en especial por temas tributarios.

Este tipo de suceso, a pesar de no tener un desarrollo normativo y de la poca regularización por parte del órgano legislativo, su desarrollo ha sido gracias a la jurisprudencial de las altas cortes, pues en mi concepto genera un rompimiento efectivo de las cargas públicas para quienes en virtud de una ley son gravados con un tributo, y que con ese actuar en la actividad legislativa genera un daño que no debe soportar, además un empobrecimiento de un lado y del otro un enriquecimiento, propio de dicha actividad.

Es decir, que lo novedoso radica, en cuanto a partir de una expedición de una ley por parte del órgano legislativo, que ha cumplido con el procedimiento propio de creación de leyes, esta puede hacer objeto de debate y generar daños provenientes de dicha actuación, pues como se mencionó anteriormente, rompe el principio de igualdad y generar daños antijurídicos.

Si bien es cierto de las autoridades administrativas, están sometidas a imperio de ley (articulo 6 de la Constitucion Politica, solo pueden ejercer las funciones constituciones y legales a ellas atribuidas) y con lo cual si es posible atribuir, imputar y responsabilidad al Estado-legislador, cuando en ejercicio de sus funciones cause daños antijurídicos a los particulares. Con ellos, podemos vislumbrar el cambio de postura de las altas cortes en tema de referencia, pues en principio no era concebida la responsabilidad derivada de la actuación legislativa del Estado.

SECCIÓN 2. LA TEORÍA DE LA SOCIALIZACIÓN DE RIESGO COMO RESPUESTA DE LA EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL EN COLOMBIA (RESPONSABILIDAD OBJETIVA: DAÑO ESPECIAL Y RIESGO EXCEPCIONAL)

La teoría del riesgo fue expuesta por Saleilles (1894) y por Josserand (1897) con el propósito de que las víctimas, particularmente los trabajadores que sufrían un accidente de trabajo, no tuviesen que probar la culpa del patrono para obtener una indemnización.[124]La teoría del riesgo se basa en que quien genera el riesgo con su actividad y del cual obtiene provechos debe reparar los daños causados al margen de cualquier conducta culposa.

En Francia, esta teoría se desarrolló a partir de la sentencia del 16 de junio de 1896 de la Corte de Casación, aquí se tomó como base el artículo 1384 del Código Francés, relacionándolo con la teoría de la responsabilidad por el hecho de las cosas.

En Colombia, esta teoría fue acogida desde las sentencias de 14 de marzo y 31 de mayo de 1938 de la Corte Suprema de Justicia, pero el desenvolvimiento legal fue otro puesto que nuestro ordenamiento no contemplaba un artículo similar al incorporado en código francés sino que se basó o se fundamentó en el artículo 2356 del código civil colombiano bajo la denominación de actividades peligrosas.

La responsabilidad por riesgo no es más que la aplicación de la teoría del riesgo a la responsabilidad civil extracontractual.

Frente al tema de la responsabilidad objetiva del Estado, tiene como punto de partida la noción del daño antijurídico (articulo 90 de la C.P),[125] esto es, porque su núcleo está en la

---

[124] DÍAZ, Granados, Ortiz Juan Manuel. El Seguro de la Responsabilidad. Segunda edición. Editorial Universidad del Rosario. Colombia. 2012. P 28.
[125] GIL, Botero Enrique, Responsabilidad Extracontractual del Estado, Cuarta edición, Ed. Ibañez, Bogota, 2010. Pp. 115-117.

condición antijurídica de ese daño, es decir en *"la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extramatrimonial y que la víctima no está obligada a soportar",*[126] sin que se ejerza la conducta irregular desplegada por el sujeto público. Frente a este punto la responsabilidad se mantuvo a cargo del Estado.

Para tener una mayor claridad de los títulos de imputación en la responsabilidad objetiva es necesario exponer concerniente al daño especial y al riesgo excepcional. Lo primero es indicar que es daño especial según el autor Hugo Arenas, *" El daño especial, o rompimiento de igualdad en las cargas publicas, es el titulo de imputación por excelencia, creado por el derecho administratvio e introducido por la jurisprudencia colombiana en 1947, basados en la doctrina española.desde ese momento se ha ido consolidando y actualmente se mantiene como wl titulo objetivo de imputación mas importante y se considera que el riesgo excepcional es una subespecie del daño especial."*[127]

Para dar mayor peso a lo anteriormente descrito, se expone la sentencia de 13 de septiembre de 1991 por el órgano de cierre de la Jurisdiccion Contenciosa Administrativa, de la siguiente manera: "*La responsabilidad administrativa de los entes publicoss por el llamado daño especial, tiene orien cuando la entidad en ejercicio legitimo de su actividad irroga daño o perjuicio a cualquier persona, de forma tal que sobrepasa o supera el ocasionado a los demás; vale decir, que con su comportamiento se rompe el principio de igualdada frente a las cargas publicas. El principio de iualdad de todoas las personas ante la ley y frente a las cargas publicas, se acentúa de manera especial con el articulo 13 de nuestra nueva Constitucion, cuando prescribe que todas las personas ncen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y tratpço de las autoridades y gozaran de los mismo derechos,*

---

[126] COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 13 de julio de 1993, de la sección tercera, magistrado ponente, Montes Hernández (exp. 8163).
[127] ARENAS, Mendoza Hugo Andrés, El régimen de responsabilidad objetiva, Segunda edición, Editorial, Legis, 2017, p167.

libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razón de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión politia o filosófica."[128]

En ese mismo sentido el Consejo de Estado, establecio unos parámetros o requsitos tipificadores del daño especial, los cuales son:

a. *Que se desarrolle una actividad legitima de la administración*
b. *La actividad debe tener como consecuencia el menoscabo del derecho de una persona*
c. *El menoscabo del derecho debe tener origen en el rompimiento del principio de igualdad fente a la ley y a las cargas publicas*
d. *El rompimiento de esa igualdad debe causar daño grave y especial, en cuanto rece sobre alguno o algunos administrados*
e. *Debe exisitir un nexo causal entre la actividad legitima de la administración y el daño causado*
f. *El caso concreto no puede ser suceptible de ser encasillado dentr de otro, de los regímenes de responsabilidad de la administración.*[129]

De lo anterior descrito, y tomando como referencia al autor Arenas, dentro de la responsabilidad objetiva debe acreditarse el hecho, el daño y la relacion de causalidad entre el primer elemento y el segundo; y de ese modo se la condena, teniendo en cuenta que se presentan los demás elementos tipificadores de este régimen.[130]

Para ilustar un poco, lo referente a este régimen de la responsabilidad objetiva, se mencionara varias sentencias entre ellas, la sentencia del 3 de mayo de 2007, en donde el Consejo de Estado condeno a la entidad demanda:

---

[128] COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Seccion Tercera, 13 de septiembre de 1991, MP: Daniel Suárez Hernández, Exp.6453.
[129] Ibídem.
[130] ARENAS, Mendoza Hugo Andrés, El régimen de responsabilidad objetiva, Segunda edición, Editorial, Legis, 2017, p170.

Caso: Hubo un enfrentamiento entre personas al margen de la Ley y policías, los agentes estatales arrojaron una granada, con tan mala suerte que cayó en una casa de un particular. Al hacer explosión, la onda explosiva alcanzó a una menor que quedó fuertemente lesionada.

Lo que expuso el Consejo de Estado: "… *En resumen, el utilizar el daño especial como criterio de imputación en el presente caso implica la realización de un análisis que, acode con el artículo 90 de la Constitucion, tome como punto de partida el daño antijurídico que sufrio la niña Angélica Maria Osorio; que asuma que el dalo causaso, dese un punto de vists jurídico y no simplmente de las leyes causales de la naturaleza, se debe entender como fruo de la actividad licita del Estado; y, que, por consiguiente, concluya que es tarea de la administración publica, con fundamento en el priciipio de solidaridad interpretado dentro del contexto del Estado Social de derecho, equilibrar nuevamente las cargas que como fruto de su actividad, soportan en forma excesiva uno de sus asociados, alcanzando asi una concreción real el rpincipio de igualdad."*[131]

El Consejo de Estado, consideró utilizar este titulo de imputación, por que considero como lo expone Hugo Arenas *"(...) brinda una explicación mas clara y objetiva sobre el fundamento de la responsabilidad estatal; sino, además, por su gran basamento constitucional, que impregna de contenido iusorincipalista la solución que en esto casos otorga la justicia contencisa. Por esta razónes, en aplicación de la teoría del daño especial, se declara responsable a la Nacion- Ministerio de Defensa- Policia Nacional."*[132]

En el mismo sentido el Consejo de Estado, se pronuncio en relación a un enfrentamamiento entre los miembros de la fuerza pública y los prisioneros que se habían amotidados en las instalaciones de la Penitenciaria Nacional de San Isidro, ubicada en el departamento del

---

[131] COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Seccion Tercra, 3 de mayo de 2007, MP: Enrique Gil Botero. Exp.16696.
[132] Ibídem, p.172.

Cauca. Con el fin de mitigar el motin, los agentes estatales tuvieron que utilizar sus armas de dotación y de esta manera hirió al demandante.[133]

Frente a esto el Consejo de Estado se pronuncio asi: "*De acuerdo con lo dicho, las personas privadas de la libertad se encuentran en especial sujeción frente al Estado, lo que implica que sus derechos y garantías fundamentales se encuentran limitados para garantizar intereses generales y colectivos. Si bien esas restricciones tienen como consecuencia una mayor dependencia, en este caso de los reclusos, frente a la administarcion, ello no implica que sean de carácter limitado, toda vez que están sometidas a la autorización expresa de la ley y siempre tendrán como frontera infranqueable el respeto por la dignidad humana y los derechos fundamentales."*

EL autor Arena expone frente a este puntual caso, la victima para este caso que cumplia una condena en prisión no estaba en el deber de soportar ese daño, pues estaba de una condición especial que termino afectando su integridad personal como consecuencia de un motin y con ello se configuro un daño excepcional y anormal.

En el mismo sentido el Consejo de Esatdo ha expresado: *"El título jurídico de imputación consistente en el daño especial, aplicable, de acuerdo con lo expresado por la jurisprudencia de esta Sala, cuando concurran los siguientes elementos: —a) Que se desarrolle una actividad legítima de la administración. b) La actividad debe tener como consecuencia el menoscabo del derecho a una persona. c) El menoscabo del derecho debe tener origen en el rompimiento del principio de igualdad frente a la ley y a las cargas públicas. d) El rompimiento de esa igualdad debe causar daño grave y especial, en cuanto recae sólo sobre alguno o algunos de los administrados. e) Debe existir un nexo causal entre la actividad legítima de la administración y el daño causado; y f) El caso concreto no puede ser*

---

[133] COLOMBIA.CONSEJO DE ESTADO, Seccion Tercera, 9 junio de 2010, MP: Enrique Gil Botero. Exp.19849.

susceptible de ser encasillado dentro de otro de los regímenes de responsabilidad de la administración."[134]

Adicionalmente, el autor expone lo siguiente: "*Durante el desarrollo de operaciones militares en el municipio de Remedios, un soldado regular sufrio una caída de as de diez metros, que le dejo lesiones raquimedular y en parte de su aparato reproductor, que le generaron una incapacidad del 100% y por tanto, fue declarado no apto para el servicio militar.*"[135]

En virtud de lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado declaro la responsabilidad bajo el titulo de imputación del daño especial, pues se citan los elementos propios y caracteristicos del titulo de imputacionb de la referencia, diciendo que: "*En consecuencia, frente a los perjuicios ocasionados regulares, conscriptos, en la medida que su voluntad se ve doblegada por el imperium del Estado, al someterlo a la prestación de un servicio que, no es nada distinto, a la imposición de una carga o un deber publico, es claro que la organización estatal debe responder bien por que frente a ellos el daño provenga de (i) un rompimiento de las cargas publicas (ii) de un riesgo excepcional que desborda aquel al que normalmente estaría sometido, y que puede tener origen en el riesgo actividad o riesgo de la cosa, o (iii) de una falla del servicio, a partir de la cual se produce el resultado perjudicial.*"

En el mismo sentido se expresa lo siguiente en la sentencia del 19 de abril de 2012, con ponencia del Magistrado Hernán Andrade, a partir de una destrucción de una casa en un ataque guerrillero, lo cual se produjo en el marco de un ofensiva a la estación de policía de la población Silvia en la fecha del mayo de 19 de 1999. Aquí los guerrilleros al destruir la estación de policía, generaron daños a los bienes muebles e inmuebles cercanos a la edificiacion de la policía, entre ellos los de la señora María Tunubala. Para ellos es pertinente tener en cuenta lo que el Consejo de Estado ha manifestado cuando se trate de actos terroristas

---

[134] COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 26 de marzo de 2008. Expediente: 16530. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.
[135] COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Seccion Tercera. 14 de septiembre 2011.MP. Enrique Gil Boterro. Expediente 38222.

a las instituciones, aunque no se logre probar la falla en servicio, el Estado colombiano debe responder patrimonialmentre puesto que el daño recibido por la victima desborda el equilibrio de las cargas públicas.[136]

El otro titulo de imputación que se destaca en régimen de la responsabilidad objetivo es el Riesgo excepcional. Según los expresa el tratadista Hugo Arenas, el riesgo excepcional es históricamente el titulo menos utlizado por la jurisprudencia del Consejo de Estado. Expone el autor que eso tiene una razón de ser que se proceden a explicar: 1. Es un titutlo de imputación propio del derecho civil, aplicado marginalmente por el máximo tribunal desde 1984, sin lograr su consolidación, 2.el riesgo excepcional es simplmente un subipo de la responsabilidad objetiva por daño especial y 3. Los supuestos que se podrían considerar como casos de riesgo excepcional siempre encuadran en tipologías de responsabilidad subjetiva (falla en el servicio) o en el régimen de objetivo – daño especial.[137]

El autor menciona en su postura que resulta artificioso continuar introduciendo una figura que es solo necesaria en el derecho privado, por que el dercho administrativo ha desarrollado su propio titulo de imputación sin culpa, que el rompimiento en la igualdad de las cargas públicas o daño especial.

El Consejo de Estado preciso lo siguiente*: "Sobre el particular, la doctrina especializada en el tema ha precisado:*

"La doctrina del riesgo creado puede ser sintetizada de esta manera: quien se sirve de cosas que por su naturaleza o modo de empleo generan riesgos potenciales a terceros, debe responder por los daños que ellas originan. La teoría que analizamos pone especial atención en el hecho de que alguien "cree un riesgo", "lo conozca o lo domine"; quien realiza esta actividad debe cargar con los resultados dañosos que ella genere a terceros, sin prestar atención a la existencia o no de una culpa del responsable. (...)

---

[136] ARENAS, Mendoza Hugo Andrés, El régimen de responsabilidad objetiva, Segunda edición, Editorial, Legis, 2017, p176.
[137] Ibíd, p. 203.

"Por nuestra parte, pensamos que la correcta formulación de la teoría del riesgo debe ser realizada sobre la base del llamado "riesgo creado", es decir, en su formulación más amplia y genérica.

"Quien introduce en el medio social un factor generador de riesgo potencial para terceros, se beneficie o no con él, debe soportar los detrimentos que el evento ocasione. Esto es una consecuencia justa y razonable del daño causado, que provoca un desequilibrio en el ordenamiento social y pone en juego el mecanismo de reparación".

Esta Sala en otra oportunidad y con ocasión de un debate sobre la responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento o la instalación de redes eléctricas y de alto voltaje manifestó lo siguiente:

"En primer término, es preciso afirmar que cuando el Estado, en cumplimiento de sus deberes y fines constitucionales y legales de servir a la comunidad y promover la prosperidad general, construye una obra o presta un servicio público utilizando recursos o medios que por su propia naturaleza generan un peligro eventual o un riesgo excepcional para la vida, la integridad o los bienes de los asociados, está llamado a responder por los daños que se produzcan cuando dicho peligro o riesgo se realice, por cuanto de no hacerlo estaría imponiendo a las víctimas, en forma ilegítima, una carga que vulneraría el principio constitucional de igualdad frente a las cargas públicas que están llamados a soportar todos los administrados, como contraprestación por los beneficios que les reporta la prestación de los servicios públicos.

"En estos casos la actuación del Estado se encuentra enmarcada dentro de la legalidad y no existe reproche en su conducta administrativa; es decir, es una típica responsabilidad sin falta o responsabilidad objetiva frente a la cual la administración solamente puede exonerarse si demuestra que el daño se produjo por fuerza mayor o culpa exclusiva y determinante de la víctima."

Como se observa, el régimen de imputación del riesgo excepcional mantiene como asidero y fundamento el concepto de daño antijurídico (artículo 90 de la C.P.), en la medida en que

éste comporta una lesión a un bien jurídicamente tutelado cuyo titular –quien ha sufrido las consecuencias de un riesgo anormal-, no se encuentra en la obligación de soportarlo, dado que ese detrimento se impone con transgresión del principio de igualdad ante las cargas públicas. Se trata, en consecuencia, de un régimen objetivo de responsabilidad, en el cual corresponde a la Administración, para exonerarse de responsabilidad, la carga de probar la inexistencia de nexo causal por la ocurrencia de una causa extraña.

En este caso, debe precisarse que debido a que el hecho dañoso demandado se produjo como consecuencia del ejercicio de una actividad riesgosa (conducción de energía a través de redes eléctricas), quien realiza este tipo de actividad debe cargar con los resultados dañosos que ella genere a terceros, puesto que los mismos son inherentes al ejercicio de dicha actividad, sin que se requiera prestar atención a la existencia o no de una culpa del responsable, toda vez que –bueno es reiterarlo–, bajo este régimen de responsabilidad objetiva (riesgo excepcional), quien realiza esta actividad solamente puede exonerarse si demuestra que el daño se produjo por fuerza mayor o por el hecho exclusivo y determinante de la víctima o de un tercero."[138]

El Consejo de Estado, en sentencia del 26 de marzo de 2008, se refirió a dicho titulo de imputación aduciendo lo siguiente: "*El titulo jurídico de imputación consiste en el riesgo creado o riesgo excepcional deriva su existencia de la consideración según la cual el sujeto de derecho despliega una actividad cuya realización implica el riesgo de ocasionar daños, debe asumir la responsabilidad derivada de la causación de estops eventos que sobrevenga o de que aun cuando la actividad no entrabe verdadera peligrosidad, conlleva la asunción de las consecuencias desfavorables que su ejercicio pueda producir, por parte de la persona que dicha actividad se beneficia."*

---

[138] COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO.Sala de lo Contencioso Administrativo.Sección Eercera subseccion a.Consejero Ponente: mauricio fajardo gomez.Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil once (2011).Radicación número: 66001-23-31-000-1998-00409-01(19067).

Arenas, expone que este titulo ha sido utilizado y desarrollado por algunos magistradis oara tres grupos de casos: energía eléctrica, accidente de vehículos y arma de fuego.

La última sentencia analizada en cuanto al riesgo excepcional se remite al año 2011 conponencia del Consejero Mauricio Fajardo Gómez, en la cual se dijo que el riesgoexcepcional mantiene como fundamento el concepto de daño antijurídico consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, en la medida en que éstecomporta una lesión a un bien jurídicamente tutelado cuyo titular, no se encuentra en laobligación de soportarlo, dado que ese detrimento se impone con transgresión delprincipio de igualdad ante las cargas públicas, por lo cual el Estado solo puedeexonerarse demostrando una causa extraña.

Por lo general, estos dos títulos de imputación se tiende a confundir pero la jurisprudencia existente se ha pronunciado asi frente a dicha confusión:

"*Tales situaciones dan lugar a estudiar el caso bajo el régimen de riesgo, y no el de daño especial, porque no está demostrado que el daño sufrido por los actores tuvo su causa en que la actuación Estatal se realizó en beneficio de la colectividad, es decir para la primacía del interés general sobre el particular; no se probó que el daño que padecieron las víctimas indirectas tuvo como antecedente o fin último la satisfacción del interés general o necesidad del bien común – supuesto indispensable a probar y para ubicar el caso en daño especial – pero sí se averiguó que la operación fue la que en definitiva, creo el riesgo. Por tanto, el hecho de que la víctima directa haya padecido el rompimiento de igualdad de las cargas públicas por la actividad del Estado, y que el daño no le fue imputable, no conduce por si solo a la aplicación del régimen de daño especial pues era requisito sine qua non establecer que la actividad del Estado se realizó en interésgeneral, y no sólo que ocurrió con ocasión del ejercicio de las actividades peligrosas.*"[139]

---

[139] COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 27 de noviembre de 2002. Expediente: 68001 23 15 000 14142 01. C.P. María Elena Giraldo Gómez

Un caso que se puede exponer es el contemplado en la sentencia del 26 de marzo de 2008, en la muerte de un conscripto, el cual sucedió en el municipio de Aguazul en el Casanare. En donde un soldado fue atropellado al intentar detener un camión que era conducido a alta velocidad por un conductor en estado de embriaguez. A pesar de que el conscripti contaba con chaleco flectivo e iluminación el vehiculo no lo pudo esquivar. El conductor fue capturado y condenado. Frente a este caso, el Consejo de Estado, admite que por regla general el régimen de respondabilidad en materia de conscriptos es el daño especial, pero además estipula que debe condenarse a la Nacion- Ministerio de Defensa, Ejercito Nacional, bajo eltitulo de riesgo excepcional, en razón a lo siguiente:

"*Por consiguiente, en los supuestos en los cuales los riesgo que el Estado ha creado al organizar retenes con el propósito de salvaguardar el orden publico se materializan y, consecuentemente, tiene lugar la causal de daños, la entidad publica que creó el referido riesgo excepcional debe responder, en virtud del mismo, por los perjuicios a los cuales su concreción haya dado lugar."*

Y en cuanto al tema de redes eléctricas, en fallo del 24 de mayo de 2011, de la sección tercera del Consejo de Estado se manifestó lo siguiente, para lo cual se expondrá el caso asi: *"un señor se desempeñadaba como trabajador en la obra "Plan mestro de acueducto y alcaltarillado", del municipio de Dosquebradas. Un dia, la retoexcavadora en forma inesperada hizo contacto con una cuerda de alta tensión, cortándola y al reventarse cayo encima del empleado causándole la muerte instantánea."* la postura de esta corporación frente al caso en cuestión fue: *" Como se observa, el régimen de imputación del riesgo excepcional mantiene como asidero y fundamento el concepto de daño antijurídico (articulo 90 de la C.P), en la medida en que este comporta una lesión a un bien jurídicamente tutelado cuyo titular, quien ha sufrido las consecuencias de un riesgo anormal, no se encuentra en la obligación de soportarlo, dado que ese detrimento se impone con trasgresión del principio de igualdad de las cargas publicas. Se trata en consecuencia, de un régimen objetivo de responsabilidad, en el cual corresponde a la administacion, para exonerarse de responsabilidad, la crga de probar la inexistencia del nexo causa por la ocurrencia de una causa extraña."*

Ahora bien, y con alusión a todo lo expuesto al interior de esta investigación, y comparando esto los modelos jurídicos contemplados, es claro ver que dicha implementación de fondos en el ordenamiento jurídico colombiano implica una responsabilidad por riesgos entendida como lo expresa el autor Jaime Santo Briz *¨la responsabilidad por riesgo está identificada porque presupone un cierto riesgo de peligro, no bastando un peligro general inherente a toda suerte de actividad humana; Cada individuo debe tolerar el peligro y la coacción a que es sometido es ineludible. La responsabilidad por riesgo se caracteriza además por lo siguiente: 1. Se refiere a una actividad lícita y permitida. Lo anterior permite que desde el punto de vista jurídico penal el sólo ejercicio de la actividad catalogada de riesgosa no tenga relevancia porque para el derecho penal se trata de una conducta socialmente adecuada.*"[140]

En el sistema colombiano y en el sistema francés solo hay que establecer que el hecho dañino que causo un perjuicio a la persona que solicita la indemnización.[141] Es decir que para el caso colombiano, cada entidad propia del Estado colombiano debe estar adscrita al nivel central sin que tenga personería jurídica, capacidad para obligarse y autonomía presupuestal, está son las condiciones necesarias para poder suscribir y crear un fondo para que dicha acciones sean amparadas como un mecanismo donde se permita la efectivizacion de la reparación integral[142] cuando se está inmerso bajo un hecho dañino que se derive de la responsabilidad extracontractual del Estado, lo cual permitirá que el ciudadano acuda a una reclamación ante la aseguradora o el fondo del riesgo cuando se cumplan los requisito que deben ser creados por vía legislativa para el ciudadano pueda acceder a esta, de acuerdo a los topes establecidos dentro del fondo por la ocurrencia del hecho dañoso, lo implicaría una descongestión judicial

---

[140] SANTOS, Briz Jaime. La Responsabilidad Civil. Volumen II. Séptima Ed. Madrid. Montecorvo. 1.993. p. 552 y 553.

[141] Consejo de Estado francés, 25 de enero 1952, Lassalle- Barrére; 25 de enero de 1952, Simón Dalloz, p549, lo comenta el Dr. Henao Pérez, haciendo una diferenciación con el sistema Colombia gracias un fallo de Corte Suprema de Justicia de fecha 24 de junio 1942, donde se establece el requisito para solicitar la indemnización.

[142] En esa perspectiva, la reparación integral en el ámbito de los derechos humanos supone no solo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se dervan, naturalmente, de una violación a las garantías de la persona, niño que también implica la búsqueda del restablecimiento del derecho vulnerado, motivo por el cual se deben adoptar medidad de diversa naturaleza (simbólicas, conmemorativas y garantías de otra índole), que propenden el restablecimiento del nucleo esencial del derecho o garantías infriguidas. Gil Botero Enrique. "La constitucionalizacion de derecho de daños". Editorial Temis.2014.p.50.

por cuanto que solo el ciudadano podría acudir a un proceso judicial cuando este no esté satisfecho plenamente con la reparación integral a la que tiene derecho (caso del sistema francés).

Dentro de éste contexto serán relevantes los factores externos para hacer efectivo en Colombia este tipo de modelo que se impone en la comunidad europea, aunque ambos tengan la misma finalidad, la cual es la reparación integral de la víctima, si existe un proceso diferente para que dicha reparación se materialice.

Por ejemplo, dentro de la comunidad europea, la regulación de la indemnización se rige por el principio de integridad de la reparación, directamente derivado del principio constitucional de garantía patrimonial. Se utilizan criterios como el de valoración y el criterio lógico. Estos consagrados en el artículo 141.2.[143]

En Colombia, la indemnización del daño se produce cuando este es objeto de reparación, no tiene que ser padecido forzosamente por una víctima directa o inmediatamente. "*En efecto, también es reparable el daño que se extiende a otras personas diferentes de a víctima directa-hablamos del daño por rebote o contragolpe.*"[144]

Entonces se parte del supuesto de que todo derecho que haya sido lesionado requiere de una indemnización "*a fin que se conserve su armonía en la convivencia social.*"[145] Desde luego, esta indemnización debe ser integral. Esto es, debe extenderse respecto de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales, sin dejar por fuera las reparaciones de integrales hechas por via administrativa en el marco de la Ley 1448 de 2011.

---

[143] BERMEJO, Vera José, Derecho administrativo parte especial. Editorial Civitas. Madrid. 1999. p.1233.
[144] TERNERA, Barrios Luis Fernando y TERNERA, Barrios Francisco. En Breves comentarios sobre el daño y su indemnización. Opinión Jurídica. Vol.7. No 13. Pp. 97-112. ISSN1692 -2530. enero – junio de 2008. Medellín Colombia.
[145] COLOMBIA .CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 21 de julio de 1922.

Como lo establecen los autores Luis Fernando y Francisco Ternera Barrios: *"la indemnización, que cumple un cometido estrictamente reparativo, está dirigida a "borrar" todas las consecuencias del perjuicio. De lo anterior se infiere que la víctima, una vez indemnizada, debe quedar en el mismo estado en que se hallaría sino hubiera existido el perjuicio. La indemnización, incapaz de suprimir los efectos del daño, se reconoce como un justo "atenuante" de la lesión patrimonial del perjudicado."*

En esa indemnización concurre por parte del Estado es la garantía de no repetición de ese hecho dañino y la minimización del riesgo, por lo cual se expresa lo siguiente: "*Según el Diccionario de la Lengua Española, prevención es la "acción y efecto de prevenir. Preparación y disposición que se hace anticipadamente para evitar un riesgo o ejecutar una cosa". A su vez, prevenir significa " prever, ver y conocer de antemano un daño o perjuicio", también indica que es " disponer con anticipación o prepararse de antemano para una cosa."*

La prevención del daño antijurídico coincide con el significado común de prevenir, cuando señala que es conocer de antemano las causas de un daño o perjuicio. En el ámbito de lo público, se trata entonces de organizar la gestión pública oportunamente, averiguando y analizando los actos y hechos administrativos que causan daño al particular para tomar medidas necesarias para evitar su materialización."[146]

Ahora bien no es lo mismo reparar un daño que reparar un perjuicio y es por esta razón que la indemnización tiene un significado muy particular, una es subjetiva y la otra es objetiva. La indemnización del perjuicio tiene y ocupada lugar gracias a la reparación.

---

[146] PARRA, Bnitéz Julián David. LAS REFORMAS ADMINISTRATIVAS DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES: UNA MIRADA DESDE SUS LIMITACIONES, CONTROLES Y RIESGOS. Citado el 01012017. Recuperado de: http://www.mij.gov.co/econtent/library/documents/DocNewsNo1787DocumentNo2600.PDF.

Se debe precisar que la indemnización es un conducto para obtener una reparación integral, dado que la indemnización se asocia a la responsabilidad, endilgada a un responsable, como creador del riego que genera daños antijurídicos, en los cuales el ciudadano, en muchas ocasiones no debe soportar.

Como se ha expuesto, la teoría de la socialización del riesgo, un fenómeno propio del Estado moderno, y que con lo cual ha generado a quienes administran justicia, asuma la postura de legislar con el fin de mitigar o anular por completo la creación de riesgo producto de la actividad lícita del Estado Colombia, pues con ello, busca generar un bienestar general, pues además de no generar daños atribuibles al Estado, busca mantener y propender por un equilibrio social.

Colombia no ha sido ajena a ese fenómeno de la socialización del riesgo, pues ha creado desde el órgano legislativo, entidades cuyo fin único es reparar los daños acaecidos, en una sede diferente al judicial, minimizando problemas los procesales y los traumatismos propios de un sociedad como la Colombiana, pues persigue como fin ultima la reparación de los daños sufridos por las victimas tal como lo contempla la ley de víctimas ley 1448 de 2011 y sus decretos reglamentarios.

En este caso, parte de lo que se arguye como una reparación integral también tiene que ver con la justicia transicional implica, *toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia, la reparación de las víctimas y lograr la reconciliación.* (OIM, 2015).

En este orden de ideas, en los últimos años, el gobierno colombiano ha hecho un esfuerzo por desarrollar herramientas que permitan la transición; pasar del conflicto armado, superando las violaciones sistémicas a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, dando paso a un espacio de restablecimiento de derechos a las víctimas, en donde se garantice la dignidad y se dé un orden social justo y democrático, minimizando de

esta manera los riesgo que puedan generarse tanto en sede administrativa como en sede judicial para las victimas.

En el centro de este modelo de justicia transicional, se ha ubicado a las víctimas del conflicto armado. En ese sentido, la Ley 1448 del 2011, definió en su artículo tercero que se consideran víctimas "*aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1º de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al derecho internacional humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de derechos humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno*".

El objetivo de dicha ley, es establecer un conjunto de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas, individuales y colectivas, dentro de un marco de justicia transicional, que posibiliten hacer efectivo el goce de derechos a la verdad, la justicia y la reparación con garantías de no repetición a las víctimas, de modo que se reconozca su condición y se dignifiquen a través de la materialización de sus derechos constitucionales, históricamente vulnerados por el conflicto armado que ha tenido Colombia durante las últimas cinco décadas.

SECCION 3. REPARACION DE LOS DAÑOS INMATERIALES DEL CONSEJO DE ESTADO (2012-2016)

El tema del daño especial y riesgo excepcional ha sido expuesto de manera general al interior del capitulo 4 de la presente investigación y con lo cual podemos vislumbrar y conocer alguna jurisprudencia relativa al tema para los cuales me permito presentar el siguiente acápite jurisprudncial asi:

1. **SENTENCIA: FECHA:** 28-01-2015 MP: ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
RADICADO EXP : 05001233100020020348701(32912)
FALLO DE PRIMERA TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA NEGO LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

NORMAS ANALIZADAS: Art.90 C.P, protocolo II adicional a los convenios de Ginebra del 12-08-1949, proteccion de las victimas de conflictos armados sin carácter internacional (art.57 y 58) y Convencion de Ginebra, incorporada en la Ley 469/1998.

HECHOS: El 28-07-2000, el ejército realizo un operativo en la vereda bodegas, Municipio el Santuario (Antioquia), con el fin de atrapar el noveno frente de las FARC, una vez concluido el operativo por tropas del ejército fue hallado por un civil un artefacto explosivo correspondiente al ejército.

POSICION H.C.E: Títulos de impugacion daño antijurídico por enfrentamientos armados: -Falla del Servicio: se debe cumplir con: I.Incumplimiento o deficiente cumplimiento de deberes normativos, II.Omision o inactividad de la administración publica, III.Desconocimiento de la posición de garante institucional.

-Riesgo excepcional: Como consecuencia de la actividad legitima de la administración, riesgo de naturaleza anormal que resulta excesiva por incremento a que es inherente o intrínseco o por el despliegue de la actividad se crean riesgos en atención a su exposición e intensidad desbordan o excedan lo razonable asumible por el perjudicado.

-Daño especial: Desequilibrio de las cargas públicas que deben ser asumidas por los administrados, es la omisión de uno de los deberes específicos.

FALLO SEGUNDA: Sección tercera concede pretensiones y revoca fallo de primera instancia.

2. SENTENCIA

FECHA: 26-02-2015 **MP:** HERNAN ANDRADE RICON

RADICADO EXP: 76001—23-31-000-2000-02646-01(29338)

FALLO DE PRIMERA: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA

HECHOS: El 09 de junio de 2000, en el municipio de Florida (Valle del Cauca), un enfrentamiento armado entre miembros de la Fuerza Pública y miembros de las Farc, teniendo como consecuencia la muerte de población civil.

POSICION H.C.E: En el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado Colombiano en sede judicial, tradicionalmente ha sido aplicable el régimen subjetivo (Falla en el Servicio) sin embargo el H.C.E, subsección tercera ha reconocido condenar bajo enfoques objetivos (riesgo excepcional o daño especial) bajo el análisis del desequilibrio injustificado en las cargas públicas que deben soportar los ciudadanos.

La sección ha realizado un análisis bajo la luz de los regímenes comunes de responsabilidad en casos como el objeto de estudio, sería la decisión absolutoria, es por esto que se ha realizado una interpretación que si bien el enfrentamiento entre las Fuerzas Militares y delincuentes es legítimo, la victima por el contrario no tiene por qué soportar los perjuicios sufridos en esas circunstancias, toda vez que son las victimas quienes excepcionalmente deben soportar: dicha carga, lo que lleva a una directo desequilibrio de cargas.

Para el Consejo de Estado, la teoría del daño especial tiene su fundamento en la EQUIDAD, en los eventos que el estado deberá entrara a reparar los perjuicios sufridos por sus agentes pese a que su actuación no sea ilegal; el daño debe tener la característica de anormal y especial.

FALLO SEGUNDA: Sección tercera concede pretensiones

3. SENTENCIA

FECHA : 30-04-2014 **MP:** DANILO ROJAS BETANCOURTH

RADICADO EXP: 202082425000-23-26-000-2001-01503-01(20147)

FALLO DE PRIMERA: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCION TERCERA SALA DE DESCONGESTION, NIEGA PRETENSIONES DE LA DEMANDA

HECHOS: El 08 de julio de 1999, en el Municipio de Gutiérrez (Cundinamarca),miembros de las Farc asesinan 38 militares dentro de ellos el soldado regular (prestando servicio militar obligatorio) Giovanny Andres Rodriguez, en su estrategia militar ante la hostilidad e la zona, las fuerzas militares contaban con 3 pelotones segregados en una zona extensa sin refuerzos cercanos, sin tropas, sin apoyo aéreo, lo cual implico que el apoyo militar tardara 30 horas en llegar a prestar los llamados de auxilios.

POSICION H.C.E: La Corporación hace una distinción especial respecto del régimen aplicable basados en el tema de lo daños sufridos en el ejercicio del servicio militar obligatorio y de los daños causados por un miembro de las fuerzas armadas voluntariamente. Esta distinción tiene fundamento razonable en que:

-El servicio militar obligatorio: es impuesta por el ordenamiento jurídico.

-Ingreso voluntario a las fuerzas armadas: la persona ingresa por iniciativa propia, con lo que asume los riesgos inherentes que implica el desempeño en la carrera militar.

Por esta razón, el régimen de responsabilidad aplicable; se realiza bajo el régimen objetivo, bajo la teoría del riesgo excepcional, en el caso en particular también se hace aplicable el régimen subjetivo de falla probada del servicio pues el daño se ha producido a causa de un deficiente funcionamiento del servicio; para el H.C.E la coexistencia de los 2 regímenes de responsabilidad no se excluyen.

FALLO SEGUNDA: Sección tercera concede pretensiones

4. SENTENCIA

FECHA: 06-12-13 **MP:** RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO

RADICADO EXP : 19001-23-31-000-2001-00272-01 (29584)

FALLO DE PRIMERA: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CAUCA, CONCEDE PRESENSIONES

HECHOS: El 29 de agosto de 2000, el sexo frente de las FARC, ingreso a la población civil de Santander de Quilichao (Cauca), para asaltar entidades bancarias y locales provisiones de viveres de la población civil, originándose un enfrentamiento con la policía nacional en el cual quedo herido de muerte el señor Romulo Antonio Escobar Aristizbal..

Para la sección tercera del H.C.E, unifico su criterio respecto a la situación de imputabilidad al estado por los actos violentos de un tercero en el contexto del conflicto armado interno contra el DIH.

La constitución de 1991 no contemplo privilegios respecto de los títulos de imputación, el juez contencioso administrativo no puede escoger un único título de imputación de daños ocasionados por actos violentos a terceros; es por esto que el juez contencioso administrativo debe analizar tanto razones fácticas y jurídicas y su decisión debe guardar coherencia con los principios constitucionales en materia de responsabilidad patrimonial del estado.

Los sistemas internacionales de protección de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, son subsidiarios respecto de los nacionales, el juez contencioso administrativos en aras de amparar IN EXTENSO a una víctima del conflicto armado, incorporando su interpretación a estándares internacionales de derechos humanos y DIH.

El título de imputación en el caso sub-judice es de Riesgo Excepcional por encontrar probado el ataque que tenía propósitos ilícitos específicos; ante lo cual la fuerza pública en el cumplimiento de sus funciones generando el riesgo excepcional.

FALLO SEGUNDA: Sección tercera concede pretensiones

DAÑO INMATERIAL ANALISIS SENTENCIAS

Según el tratadista Enrique Gil Botero, el primer pronunciamento sobre este punto se remonta a la fecha deñ 14 de febrero de 1992 (expediente 6.477), en donde la Sección Tercera del

Consejo de Estado preciso los siguiente: " *se habla solo de perjuicios del orden moral en su mas amplio sentido, comprensivo, en las excepcionales circuntancias que muestra el proceso que tradicionamente se ha indemnizado por el concepto alidido, sino por las incidencias traumáticas que en el campo afectivo le quedaron a las eñora Barazzutii por lo que en la demanda se denomina " daño fisiológico", lo que en definitiva no pudieron quedar totalmente reparados y siguen pesando en el tiempo*."

Con ello, la Sccion Tercera de esta coorporacin, abrió el camino a la posibilidad de reconocer otra categoría o tipo de perjuicios inmateriales difernetres del daño moral. Este eun conpeto que ha cambiado mucho, no solo en su concepto como tal sino que además en su renombre en la jurisprudencia de nuestro ordenamiento judico, como por ejemplo se visualiza en la sentencia del 19 de julio de 2000 Consejo de Estado, en donde se expuso: "*resultame ciertamente inadecuado el usi de la expresión perjuicio fisiológico, que, en realidad, no podría ser sinónima de aquella, ni siquiera en los casos en que este daño extra patrimonial distinto del moral es consecuencia de una lesión física o corporal...*" y que además la fijación de la indmenizacion depende muchoio del criterio discrecional del juez, quien por lo general tiene en cuenta factores como por ejemplo la profesión y la edad de quien sufre la lesión. Para ello, se ilustrara una serie de sentencias que expone de manera sustancial el tema de los perjucios inmateriales en Colombia durante el periodo 2012-2016.

1. SENTENCIA FECHA: 28-08-2014
MP: ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
RADICADO EXP: 66001-23-31-000-2001-00731-01(26251)
FALLO DE PRIMERA: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE PEREIRA NEGO LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.
NORMAS ANALIZADAS: Art.90 C.P

HECHOS: El menor Ivan Ramiro Londoño Gutierrez, estuvo internado en el centro de reeducación desde el dia 07-12-1998 hasta 23-04-2000, pues falleció ahogado en aguas del rio oton, luego de haberse escapado del centro de reeducación.

POSICION H.C.E: Los criterios para determinar los perjuicios inmateriales: dolor, aflicción, sentimientos de congoja que invaden a la victima de forma directa o indirecta de un daño antijurídico, de forma individual o colectiva.

Para esto se han creado 5 niveles de cercanía afectiva entre la victima directa o indirecta, este tipo de vinculación por quienes se consideran victimas del daño antijurídico se privilegio de una compensación económica que va a variar acorde al nivel de cercanía con quien sufrió el daño antijurídico, esta afectación debe demostrarse idóneamente en sede judicial.

Los perjuicios inmateriales se reconocerán a solicitud de parte o de oficio.

Respecto de la reparación de bienes o derechos convencional y constitucionalmente, es a solicitud de parte y se encuentre acreditada lo cual se realiza a través de medidas de reparación no pecuniarias, de acuerdo con los hechos probados la oportunidad y pertinencia de las mismas, se ordenaran medias de reparación no pecuniarias a favor de la víctima directa y su familiar cercano.

En caso excepcional, en que la medida de satisfacción non sean suficientes para cumplir la relación integral, se podrá otorgar la indemnización pecuniaria la cual variara el valor bajo unos criterios: - se reconoce solo a la víctima directa, esta medida pecuniaria deberá motivarse el juez, la reparación debe ser proporcional al daño, la indemnización no haya sido por daño en la salud.

La posición de la sección tercera respecto de las medidas de reparación no pecuniarias cumple con el principio de indemindad y restió in integrum en ejercicio del control de convencionalidad subjetivo.

El control de convencionalidad: es el trabajo que debe hacer el juez analizando no solo las normas del ordenamiento jurídico legal y constitucional junto con tratados internacionales de derechos humanos y sentencias de la corte interamericana de derechos humanos.

CONCLUSION: ESTE TIPO DE INDEMINIZACIONES PROCEDEN SOLO SI SI ES A SOLICITUD DE PARTE, SI BIEN HACE PARTE DE LOS PERJUICIOS INMATERIALES DEBE SER MOTIVADA.

FALLO SEGUNDA: Sección tercera concede pretensiones y revoca fallo de primera instancia.

2. SENTENCIA

FECHA: 14-09-2016 **MP:** HERNAN ANDRADE RINCON

RADICADO EXP : 208467225000-23-26-000-2001-0182-02 (26251)

NORMAS ANALIZADAS: Art.90 C.P

HECHOS: El asesinato de Jaime Garzón Forero, y vinculación de miembros de las fuerzas militares al informarle usando dotación de la institución al jefe para militar Carlos Castaño que Garzon Forero colaboraba para la Guerrilla.

POSICION H.C.E: Respecto de la reparación integral no pecuniarias, la posición del H.C.E., ha considerado que en ciertos casos como el objeto de estudio el daño antijurídico implica una violación grave a derecho, lo que implica la transcendencia de la esfera individual de quienes se consideran víctimas; con ello se quiere impedir futuras trasgresiones de ese tipo que afecten los Derechos Humanos, se le impone una carga al juez contencioso administrativo que en casos similares.

FALLO SEGUNDA: Sección tercera concede pretensiones y revoca fallo de primera instancia.

3. SENTENCIA

FECHA: 08-07-2016 **MP**: DANILO ROJAS BETANCORTH

RADICADO EXP: 52001-23-31-000-2005-01029-01(39043)

FALLO DE PRIMERA: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO DENIEGA LAS PRETENSIONES

NORMAS ANALIZADAS: Art.90 C.P

HECHOS: EL 09-11-2001 en la universidad de Nariño, se realizó una protesta por unos estudiantes encapuchados, en razón a ello se detonó un explosivo que hirió severamente al señor Francisco Cabrera. El 24 de octubre de 2002 la fiscalía ordenó abrir instrucción en contra de los estudiantes que hicieron explotar dicho artefacto vinculándolos a la investigación y el 24 de septiembre de 2004 la fiscalía ordenó precluir dicha investigación.

POSICION H.C.E: Respecto de la reparación integral no pecuniarias, la posición del H.C.E, ha definido las características del daño inmaterial:

Considerándolo como efecto dañoso, negativo, antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales. Es un daño autónomo, pues no depende del agotamiento previo de requisitos se realiza mediante presupuestos de configuración propios que se comprueban o acreditan en cada situación fáctica particular.

La reparación principalmente, por daños inmateriales se realiza con medidas no pecuniarias excepcionalmente cuando la reparación integral no resulta suficiente se considera una suma de hasta 100 SMLMV, este tipo de reparación debe ser ordenado por el juez quien realizando un análisis de los derechos constitucionales y las directrices internacionales , reparara de forma plena e integral a las víctimas.

FALLO SEGUNDA Sección tercera concede pretensiones y revoca fallo de primera instancia.

CONCLUSIONES

1. Como primera medida que la era posmoderna del derecho administrativo trae consigo cambios y fluctuaciones en diferentes campos entre ellos, el jurídico, propio de las evoluciones de las sociedad modernas, y con ello la adaptación y regulación por parte del derecho de los nuevos comportamientos de los administrados en cual el Estado moderno, además de cumplir sus funciones y fines, está en el deber de proteger las garantías constitucionales del administrado y cerrar la brecha de desigualdad que en las sociedades modernas que se vislumbra.

2. Se debe entonces entender que como consecuencia de las trasformaciones que afronta el Estado posmoderno, los jueces como aplicadores mecánicos de la ley en sentido estricto, deben acoplarse y proferir nuevos fallos en los casos que ocasionen o generan duda o donde se apartan de lo establecido por las fuentes de propias del derecho o más aun, cuando se esté en presencia de algún caso difícil de resolver y para lo cual no existe normativa alguna por parte del legislador, y que con ello genere nuevas posturas dentro del órgano judicial y que en ocasiones se extralimite en las funciones propias otorgadas dentro del Estado.

3. De lo anteriormente expuesto, se infiere que en muchas ocasiones ante las continuas fluctuaciones propias del derecho moderno, los jueces administrativos, a quienes les corresponde administrar justicia de acuerdo a lo que establece nuestra constitución política, van adquiriendo potestades no atribuidas a ella, en virtud de la omisión del legislador en regular los diferentes comportamientos derivados de las nuevas tendencias del derecho y adicionalmente, en razón a las lagunas jurídicas existentes en nuestro ordenamiento, generando o propiciando que quienes administren justicia empiecen a desempeñar la actividad de legislar o extralimitandose en sus funciones vulnerando de cierta manera lo consagrado

Constitución Política colombiana, pero velando de cierta manera la aplicación correcta de norma legal y buscando la justicia en los problema que les son puesto para su estudio con el fin de darle solución. Es así como el juez toma un papel de activo creador de reglas, lo cual genera una enorme responsabilidad ante la sociedad moderna.

4. El concepto de la discrecionalidad y la facultad discrecional, es un concepto que ha venido variando a lo largo de la existencia del derecho administrativo tanto en caso colombiano como el derecho administrativo comparado. De un lado hemos entendido que la facultad discrecional de la Administración es reglada, pues siempre debe existir una norma que autoriza a la Administración para estar inmersa en ella. Sin embargo es menester recordar que la discrecionalidad no es igual o más bien no debe confundirse con el concepto de arbitrariedad, son dos conceptos diferentes, pero si podemos decir que la facultad discrecional, no debe apartarse de los principios y valores contenidos en la Constitución, en especial al principio de legalidad, y a la ley. El fin último de la discrecionalidad administrativa radica en proteger los intereses legítimos de los administrados a partir de los a los actos expedidos por la Administración o de los jueces como aplicadores mecánicos de la ley.

5. Esto ha hecho, que los jueces ante la ausencia en ocasiones de norma jurídica aplicable al caso concreto, tome funciones constitucionales no atribuidas a ellas, pues en sus providencias crean o legalizan situación no contempladas por el legislador. Es aquí donde vemos que ya no sólo administran justicia si no que crean derecho, generando un quebrantamiento al principio de separación de poderes establecido en nuestra constitución política.

6. Dentro de una sociedad contenciosa como la colombiana, se presentan con dinámica en cuanto a presentación de nuevos retos en todas las esferas posibles dentro de un Estado social de Derecho, (cambios culturales, tecnológicos,

jurídicos etc.), en donde el legislador y órgano judicial, tienen la responsabilidad de regular dichas actividades como solución a la posibles discusiones a la que puedan haber lugar, esto con concordancia con los fines esenciales del Estado Colombiano.

7. Aunado a lo anteriormente expuesto al interior de la investigación es clara la ilustración los regímenes de responsabilidad patrimonial (Regimen objetivo y subjetivo) y sus elementos propios y caracteristicos; con aplicaion y relevancia en nuestro entorno jurídico vigente, trayendo a colación en ocasiones nuevos renombres de los conceptos jurídicos que han venido siendo adoptados tales como los concebido en los daños a la salud que a hoy hace parte de los llamados perjucios inmateriales, en los cuales el Consejo de Estado se ha permitido abrir de cierta manera un espacio o puerta a categorizar nuevos tipos de daños a reparar por actividades legitimas del Estado, que son concebidos de forma disímil de lo que en nuestro ordenamiento conocemos como daño moral.

Con el fin de responder de manera expresa a la pregunta de investigación la cual es: ¿Es la Ley de Victimas (L. 1448 de 2011), un fondo anticipado de reparación y cuál es su relación con el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011?

A. Primero, debemos decir que en Colombia la implementación de los fondos del sistema francés propiamente dicho no existe, pero si existen una figuras jurídica comparable a dichos fondos referenciados, como por ejemplo, el contemplado dentro de la reparación en sede administrativa contenida en la Ley de Víctimas, en donde la victima puede acceder a su reparación, sin que ello implique de manera taxativa un prohibición de acceder a la vía judicial cuando en su parecer no está adecuamente reparada.

B. Hay que aclararse, que en este sentido, el Fondo de Reparación Integral, como se mencionó dentro del trabajo de investigación tiene una reglamentación propia del

derecho privado y que su financiamiento proviene exclusivamente de los bienes muebles e inmuebles que aportan sus victimarios con el fin de realizar la reparación o compensación.

C. Dentro de la Ley 1448 de 2011, las victimas pueden acceder a una reparación en sede administrativa, en la cual han establecido unos topes máximos 40 salarios mínimos mensuales legales vigentes para el caso de la reparaciones indivuales y para el caso de reparaciones de sujetos colectivos existe un vacio de orden legislativo pues la ley no contempla topes para ellos a hoy año 2017, y a su vez las victimas se puede constituir como: víctimas directas o indirectas (Victimas de rebote) frente un hecho dañoso.

D. En el sistema judicial colombiano, cuando existe responsabilidad por parte del Estado, se realiza una valoración de invidual de quienes se consideran victimas frente daño acaecido, situación que no ocurre en la reparación via administrativa, es decir mediante la Ley de Víctimas, donde se estable si una valoración de manera colectiva de quines son victimas frente a un hecho determinado.

E. De lograrse hacer dicha reparación, la victima previo acto administrativo expedido en este caso por la entidad que repara en sede administrativa, aporta dicho documento al expediente judicial, y a su vez el órgano judicial, en el momento de proferir sentencia procede a descuentar del monto total del a indemnizar lo recibió por via administrativa, tal como lo estipula el artículo 20 de la Ley de Víctimas, es decir que la indemnización otorgada en sede administrativa fungiría con una indemnización compensatoria de la indemnización otorgada en sede judicial.

F. Con lo anterior nos lleva a concluir que aplicación de los fondos de rerparacion anticipada del modelo francés en Colombia deberían función en razón a su implementación, financiación y creación sea conforme a derecho. Sin embargo,

la Administración de estos fondos anticipados de reparación y los factores externos que afronta el país entorpecer el efectivo, real desarrollo y el fin de estos fondos, cuya misión principal es la reparación integral de las víctimas que acrediten el daño. Entonces es claro que no existen aún las condiciones necesarias para implementar dicho fondos y reparar los daños antijurídicos que se prueben dentro de los regímenes de responsabilidad del Estado, pues resulta efectivo acudir a los estrados judiciales, sin importar lo que ello implique (aumento en gastos procesales, representación judicial, congestion de los despachos entre otros aspectos a considerar) pues el fallo judicial se torna como garantial efectiva para materializar la reparación integral de las víctimas.

G. Adicionalmente, el derecho administrativo colombiano moderno con la implementación de los fondos de reparación de daños, traería consigo como ventaja una mayor celeridad en el trámite, una mayor economía a favor de ambas partes, es decir tanto por parte del aparato judicial como por la víctima y como ultima ventaja, se contemplaría la sede judicial como un factor residual de justicia, solo y únicamente cuando la víctima no se considere adecamente reparada por sus daños, generando de manera ostensible un descongestión del aparato judicial.

H. Colombia no ha sido ajena a las transformaciones de la cultura jurídica, aquí el ordenamiento jurídico se adapta a las nuevas posturas existentes como la enunciadoa lo largo de este estudio académico. La consitucionalizacion o neoconstitucionalizacion, concebidas como ideologías o teorías que en ultimas buscan la supremacía de la constitución como valor normativo, la garantías fundamentales de los administrados y la preservación de los principios de seguridad jurídica, confianza legitima con apego exclusivo en actuar de los administradores de justicia (jueces y magistrados), al principio de legalidad.

I. El juez como administrador de justicia juega un papel importante, pues es este quien tiene en sus manos las soluciones a los nuevos retos que se presentan en las sociedad contemporáneas pues en ocasiones como se ha mencionado a lo largo

de esta investigación el legislador actúa tardíamente en cuanto a la regulación de las nuevas tendencias propias de la constitucionalizacion del derecho administrativo, como lo explica Augusto Hernández Becerra: "*El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA armoniza con el clima jurídico propiciado por la Constitución, a cuyo encuentro va, y al adoptar como eje los derechos y sus garantías, pone a la Administración en frente de su primer deber constitucional: el de proteger y garantizar eficazmente los derechos de todas las personas en sede administrativa*."

J. Por eso, como respuesta y de acuerdo a lo material de investigación, la creación de fondos anticipados de reparación por daños de la actividad del Estado, como los contemplado en Francia, podrían llegar a ser un elemento de gran ayuda pues, al igual que la reparación de la sede administrativa (Ley de victimas) y el contemplado en sede judicial (Ley 1437 de 2011), tiene una finalidad y es resarcir los daños sufridos y generar una reparación integral en el sentido estricto de lo que esta significa. Ambas figuras buscan mecanismos de no repetición de los hechos, está podría ser una nueva postura dentro del derecho administrativo que podría contemplarse al crear dichos fondos anticipados de reparación, en pro de quienes sufren daños y perjuicios en virtud de las conductas desplegadas por el Estado y sus agentes.

K. La contitucionalización del derecho, es un fenómeno que muestra un grado de complejidad, que no se ha desarrollado de manera rápida, si no que por el contrario ha sido un proceso lento que ha permeado el ordenamiento jurídico colombiano, con gran incidencia en el rol de juez administrativo; quien realiza una examinación legalista aplicable al caso a resolver, entre en ocasiones a actuar como un juez constitucional, don funge como garante de los derechos fundamentales de los administrados. Esta situación ha conllevado a que el juez administrativo se enfrente a nuevos retos y paradigmas producto de actividad jurídica, que en ocasiones se convierten en nuevas posturas adoptadas por quienes

administran justicia y en otra ocasiones retrocesos en las posturas de los tribunales administrativos y altas cortes como órganos de cierre. Razón por la cual es claro ver de permiabilidad entre el derecho administrativo con el derecho constitucional. Es por esto que la labor del legislador se hace indispensable para crear seguridad jurídica frente a nuevas o futuras formas en que se presentan hechos que generen responsabilidad del Estado.

L. Este fenómeno se ha presentado de forma más avanzando en países como Alemania, España, Italia y forma más atrasada, en Francia como lo expone Jean Paul Vásquez. Sin lugar a dudas en Colombia se puede exponer que este fenómeno no ha tenido un desarrollo penetrante, ha sido más bien un fenómeno poco constante y que genera contradicciones dentro de la actividad jurídica en materia de derecho administrativo. Un claro ejemplo de esto ha sido las posturas del Consejo de Estado, han generado avances respecto de la responsabilidad extracontratual del Estado. Es el caso de la figura de "Riesgo – Conflicto", producto de contemplar el conflicto armado o la guerra como una fuerza mayor, teoría que se ha adecuado al régimen de responsabilidad extracontractual por falla del servicio en virtud de que la población fue puesta en un riesgo que no debe asumir.

M. Parte de esa modernización de la cultura jurídica colombiana la podemos ver reflejada en las nuevas posturas que establece los órganos judiciales de cierre de cada jurisdicción entre ellos, el Consejo de Estado, pues como vimos a lo largo del capítulo establece la implementación de la teoría del riesgo- conflicto. Esta teoría la vemos aplicada a temas relacionados con la alteración del orden público por grupos al margen de la ley, en donde se ha visto vinculados ciudadanos que en virtud del actuar del Estado han sufrido daños antijurídicos. Lo cierto es que, el Consejo de Estado, en varios fallos, ha optado por declarar al Estado Colombiano responsabilidad bajos los títulos de imputación de falla en el servicio y riesgo excepcional y de la misma manera responder por todos aquellos daños

generados debido a su actividad desplegada en aras de recupera el orden público y de restablecer el equilibrio social.

N. La teoría del riesgo proviene en sus inicios del sistema francés, en los llamados accidentes de trabajo y posteriormente pasó a la responsabilidad civil. Aquí el trabajador debía demostrar la culpa en los términos del artículo 1.382 del Código Civil Francés, si no se logra acreditar no habría lugar a indemnización. En Colombia, en materia de seguros la palabra riesgo no se refiera siempre,y necesariamente, a un suceso dañino o nocivo, sino exclusivamente al hecho aleatorio.

O. Cuando se crea un riesgo y este riesgo genera daños antijurídicos estos son susceptibles de indemnizar, pues lo claro y lo cierto es que ante un rompimiento de la cargas públicas del administrado existe una flagrante vulneración del principio de igualdad ante los demás administrados.

P. La teoría de la socialización del riesgo, es producto de la nueva era de modernización del mundo jurídico y la extensión o renombre de lo que en nuestro sistema jurídico es conocido como teoría del riesgo, la cual se ubica en ocasiones dentro del régimen de responsabilidad objetiva.

Q. Esto nos lleva, a que en primer lugar se note la prevalencia del principio de reparación integral de las víctimas dentro de un Estado Social de Derecho y segundo al deber de reparar de la Administración por aquellos daños que le son atribuibles en virtud de su actuación. En este punto es relevante el rol que asume el juez administrativo, pues es a partir de la resolución de los casos que les presentan en ocasiones que se generan innovaciones frente a las figuras jurídicas existentes, creando retrocesos y en otras tantas ocasiones, construyendo una cultura jurídica que es capaz de adaptarse a las nuevos retos, regulando las

actividades que se despliegan en las sociedades modernas tal como la sociedad colombiana.

R. En Colombia, hemos venido presenciado las dificultades que afronta el sistema judicial, con ocasión a la congestion de los depachos judiciales y con ello, las victimas se enfrentan a una flagrante vulneración a los principios constitucionales. En virtud de ello, y con el fin de minimizar los riesgos que puedan surgir de la actividad del Estado, es que se afirma que es necesaria la implantación de los fondos anticipados de indemnización en materia de responsabilidad extracontractual como respuesta a esa justicia tardía, y con ello ayudar a una reparación efectiva de la víctima, dentro del marco de la Ley 1448, la denominada Ley de Víctimas, la cual consagra una reparación en sede administrativa, sin que ello implique una prohibición para el ciudadano de acudir a la vía judicial cuando en su parecer no esté plenamente reparado.

S. Lo anterior generaría una descongestión del aparato jurisdiccional, una mayor celeridad y una mayor oportunidad para que el Estado en tiempo real indemnice a quienes han sufrido daños en razón de su actividad desplegada.

T. Los regímenes de responsabilidad existentes en Colombia seguirán desarrollándose como hasta la actualidad se realizan, gracias a la jurisprudencia de las altas cortes colombianas. La implementación de la Ley 1437 de 2011, en su artículo 140, trae consigo novedades frente al tema de responsabilidad estatal, consagrando límites frente al daño antijurídico ocasionado por un enten estatal, sus agentes y/o particulares. Este régimen de responsabilidad patrimonial, se materializa gracias a los títulos de imputación consagrados en la constitución y ley; para hacerlos efectivos, se debe incoar un proceso dispendioso, de larga duración y que en ocasiones no satisface a la víctima.

U. Como se ha mencionado anteriormente a través del desarrollo de esta investigación, la tendencia del derecho administrativo contemporáneo tiene un nuevo rumbo y es hacia el mecanismo de fondos anticipados de reparación como se da el sistema francés. Dentro del sistema colombiano ha sido poco efectivo, puesto que solo existen estos fondos en Colombia para ciertos tipos de eventos pero no para los daños antijurídicos derivados de la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano.

V. Ante los continuos cambios, fluctuaciones y retos que se presentan en el mundo jurídico, en especial en lo que se refiere a las posturas de las altas cortes colombianas como órganos de cierre en cada jurisdicción, el principio de la confianza legítima no ha sido ajeno a esas mutaciones; se ha venido desarollando a través de la jurisprudencia y ello trae consigo problemáticas, tal como lo enuncia el tratadista Eduardo García de Enterría, puesto que se ha visto una afectación con relación al principio de separación de poderes, en el evento que el juez administrativo es quien determina la responsabilidad estatal en los casos en los que el legislador ha dejado vacios normativos y alterando las funciones del órgano judicial. Sin embargo, la función del Consejo de Estado no está encaminada a juzgar la gestión del órgano legislativo sino que está dirigido a evaluar los daños antijurídicos producto de la actividad del legislador con ocasión al contendido de ciertas normativas.

W. A diferencia del sistema o modelo francés, en Colombia existe la dualidad de sistemas cuando se trata de reparación de daños derivados de la responsabilidad patrimonial del Estado, es decir que para ciertos eventos, se utilizan esos fondos y que cuando se trate de regímenes de responsabilidad del Estado debe acudirse a la jurisdicción para que sea esta la que mediante un fallo judicial exprese si este es o no responsable por las actuaciones de sus agentes o del actuar propio de la Administración, causando traumatismo al fin esencial de ambos modelos o sistema , la reparación integral de la víctima.

X. En Francia el administrado solo pone en movimiento el aparato jurisdiccional cuando este considera que no está plenamente reparado y decide que sea el juez quien imponga el monto de la reparación y así mismo que establezca si el autor del daño es responsable o no.

BIBLOGRAFÍA

ANDRADE, Rincón Hernán. Los títulos de imputación y la responsabilidad del Estado. *In* Instituciones de derecho administrativo. Tomo II responsabilidad, contactos y procesal. Editorial Ibáñez, Bogotá, 2016, p. 91.

ARENAS, Mendoza Hugo Andrés, Un siglo de jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de responsabilidad extracontractual (1914-2014), Editorial Ibáñez, Bogotá, 2015.

ARENAS, Mendoza Hugo Andrés. El Régimen de la Responsabilidad Subjetiva. Legis Editores. Bogotá. 2014.

ARENAS, Mendoza Hugo Andrés, "La responsabilidad extracontractual del Estado a partir de la Constitución de 1991", en Instituciones de Derecho Administrativo, Editorial Ibáñez y Universidad del Rosario, Bogotá, 2016, P. 163.

ARENAS, Mendoza Hugo Andrés. La responsabilidad extracontractual del Estado a partir de la constitución de 1991 *In* Instituciones de Derecho Administrativo, Tomo II Responsabilidad, contratos y procesal. Editorial Ibáñez. Bogotá, 2016, pp. 28 – 33.

ARENAS, Mendoza Hugo Andres. *"El régimen de responsabilidad objetiva",* Segunda edición, Editorial, Legis, 2017.

ARBOLEDA, Perdomo Enrique José. Comentarios al nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, Ley 1437 de 2011. Ed Legis, 2011. Bogotá. PP. 49 - 233.

BENAVIDES, Jose Luis. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011. Legis Editores. Segunda reimpresión de la Primera edición. 2013. PP.233.

BARNES, Javier. Innovación y reforma en el derecho administrativo. Editorial Derecho Global, Sevilla, 2006, pp 21-25.

BELTRAN, Sierra Alfredo. La Responsabilidad del Estado. Universidad Cooperativa de Colombia. Facultad de Derecho. Medellín. 2002. p. 5.

BERMEJO, Vera José, Derecho administrativo parte especial. Editorial Civitas. Madrid. 1999. p.1233.

BETANCUR, Jaramillo Carlos. Derecho procesal administrativo. Séptima edición. Editorial Señal. Medellín. 2009. Pp.168, 169.

CHAVALLIER, Jacques. El estado posmoderno. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp 174-175.

DÍAZ-GRANADOS, Ortiz Juan Manuel. El Seguro de la Responsabilidad. Segunda edición. Editorial Universidad del Rosario. Colombia. 2012. P 28.

DE CUPIS, Adriano, *El daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil*, traducción de la segunda edición italiana y estudio preliminar por Ángel Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona, 1970, p. 92.

ESQUERRA, Portocarrero Juan Carlos. La Protección Constitucional del Ciudadano. Legis Editores. Bogotá 2010. PP. 258 - 318.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris*, T.I, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2011, p. 730.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Administración Española. Ediciones Civitas. Sexta edición. Madrid. 1999.

GIL, Botero Enrique. Responsabilidad extracontractual del Estado. Cuarta edición. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 2010. Pp. 12 - 129.

GIL, Botero Enrique. La constitucionalización del derecho de daños. Editorial Temis, Bogotá. 2014 .pp. 47.

GIL, Botero Enrique, "La nueva tipología de daño (perjuicio inmaterial)", en Instituciones de Derecho Administrativo, Editorial Ibáñez y Universidad del Rosario, Bogotá, 2016.

GONZALEZ, Rodriguez, Miguel. Derecho Procesal Administrativo. Universidad Libre. 2007.

GUECHA, Medina Ciro Nolberto. Derecho Procesal Administrativo. Grupo Editorial Ibáñez y Universidad Santo Tomás. Tunja. 2008.

GRUN, Ernesto, In El Derecho Posmoderno: un sistema lejos del equilibrio. Revista Telemática de la Filosofía del Derecho. N° 1.1997. p. 20.

HENAO, Pérez, Juan Carlos. El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del estado en derecho colombiano y francés. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1998. pp. 37 – 40.

HENAO, Juan; OSPINA, Andrés y otros, "La responsabilidad extracontractual del Estado", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

HENAO, Pérez Juan Carlos. "Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado", en La responsabilidad extracontractual del Estado, Universidad Externado, Bogotá, 2015, pp. 32-117.

HERNÁNDEZ, Becerra Augusto. El Nuevo Código Administrativo de Colombia, Carta de Derechos Ciudadanos. pp. 3 – 7.

HUTCHESON, Joseph. The judgment Intuitive: The function of the "Huch" in judicial decisión.14 Cornell Law quarterly 266 (1929), *IN* LÓPEZ, Medina Diego Eduardo. El derecho de los jueces. Segunda edición. Editorial Temis, 2016, p. 315.

LÓPEZ, Medina Diego Eduardo. El derecho de los jueces. Segunda edición. Editorial Temis, 2016, p. 3 - 315.

MALAGÓN, Miguel. Colonialismo Cultural Francés y la Creación del Consejo de Estado en el Derecho Administrativo Colombiano. 2008. En: Universitas. Bogotá. Enero-Junio. 2008. p. 169.

MARIN, Hernández Hugo Alberto. Discrecionalidad Administrativa. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2012, pp. 153 - 167.

MORA, Caicedo Esteban y RIVERA MARTÍNEZ, Alfonso. Derecho Administrativo y Procesal Administrativo. Editorial Leyer. Octava edición. Bogotá D.C. 2008.

OSPINA, Garzón Andres Fernando. De la Jurisdicción Administrativa a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo: ¿un viaje de ida y vuelta?. Universidad Externado de Colombia. 2009. p.15.

OLIVEROS, Tascón Adolfo León. La Causalidad en el Derecho de Daños. Ed. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Colombia. 2012.

PARRA, Benítez Julián David. LAS REFORMAS ADMINISTRATIVAS DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES: UNA MIRADA DESDE SUS LIMITACIONES, CONTROLES Y RIESGOS.

PENAGOS, Gustavo. In Nuevas tendencias del Derecho Administrativo a principios del siglo XXI.

PENAGOS, Vargas Gustavo. Derecho Administrativo: nuevas tendencias. Editorial Doctrina y Ley. Bogotá. 2004.

POCHARD, Marcel. La indemnización de víctimas bajo el fundamento del principio de solidaridad nacional. *in* Memorias Seminario Franco – Colombiano. Consejo de Estado, 2011. pp. 356 - 357.

RODRÍGUEZ, Rodríguez Libardo. Derecho Administrativo General y colombiano. Editorial Temis. Bogotá. 2008.

SCHMIDT, Assmann Eberhard, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, trad. de Mariano Bacigalupo y otros, INAP, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 18.

SAAVEDRA, Becerra Ramiro. La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública. Ed. Ibáñez. Bogotá. 2011.

SANTOFIMIO, Gamboa Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III Contencioso administrativo. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2003, pp.45-52.

SANTOFIMIO, Gamboa Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Cuarta edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2004.

SANTOFIMIO, Gamboa Jaime Orlando y BREWER-CARÍAS, Allan, El Control de convencionalidad y la responsabilidad del Estado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.

SANTOS, Briz Jaime. La Responsabilidad Civil. Volumen II. Séptima Ed. Madrid. Montecorvo. 1.993. p. 552 y 553.

SIERRA, Cadena Grenfieth de Jesús. *In* Revista de Filosofía, Derecho y Política. N° 13. Universitas. Enero del 2011. Pp 67-95.

TAMAYO, Jaramillo Javier. De la Responsabilidad Civil de los Perjuicios y su Indemnización. Tomo II. Editorial Temis. Bogotá. 1986.

TERNERA, Barrios Luis Fernando y TERNERA, Barrios Francisco. En Breves comentarios sobre el daño y su indemnización. Opinión Jurídica. Vol.7. No 13. Pp. 97-112. ISSN1692 - 2530. Enero – junio de 2008. Medellín Colombia.

TROPER, Michael. Existe-t-il un Concept de Gouvernement de Juges? Gouvernement des Juges et Democratie, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001.

URIBE, García Saúl. La Responsabilidad por Riesgo. Tomado de la Revista Ratio Iuris N° Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín.Facultad de Derecho. p.7.

VÁSQUEZ, Gómez Jean Paul. La Constitucionalización del Juez Administrativo en Colombia. Ed. Ibáñez. Bogotá. 2016.

VEGA, De Herrera, Mariela. Derecho Procesal Administrativo. Bogotá. Leyer editores limitada. 2010.

VELILLA, Morena, Marco Antonio. *in* Aproximación a la indemnización de las víctimas por vía administrativa y judicial. Memorias Seminario Franco Colombiano. Consejo de Estado. Bogotá. PP. 371-380.

Artículos

CORREA PALACIOS, Ruth Estela. La Jurisprudencia en Reparación Directa y su aporte a la protección de los Derechos Fundamentales. In Instituciones Judiciales y Democracia. Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Bogotá. 2011.

GRUN, Ernesto. In El Derecho Posmoderno: un sistema lejos del equilibrio. Revista Telemática de la Filosofía del Derecho. N° 1.1997.

GUERRA G., Yolanda Margaux y GUECHA, Ciro Nolberto. La Responsabilidad de Estado, una obligación de indemnizar perjuicios. In Revista Diálogos del Saber. No. 25. Bogotá. 2006.

JIMENEZ, William Guillermo. Origen y Evolución de las Teorías sobre la Responsabilidad estatal. In Diálogos de Saberes. No. 38. Universidad Libre y Escuela Superior de la Administración Publica-ESAP. Bogotá. 2013.

MALAGÓN, Miguel. La Revolución Francesa y el Derecho Administrativo Francés. La invención de la teoría del acto político y su ausencia de control judicial. in Diálogos del Saber. 2005.

NADER, Orfaale Rachid Farid. Evolución Jurídica de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Colombia. In Advocatus. Edición Especial No. 15. Universidad de Barranquilla. 2010.

PENAGOS, Gustavo. Nuevas Tendencias del Derecho Administrativo a principios del siglo XXI. In Universitas. Volumen 52. No. 106. 2003.

POCHARD, Marcel. La Indemnización de Víctimas bajo el fundamento del principio de Solidaridad Nacional. In Memorias Seminario Franco – Colombiano. Consejo de Estado. 2011.

SANTOFIMIO, Gamboa Jaime Orlando. Aspectos de la acción de reparación directa y su despliegue en la visión moderna del Juez Contencioso Administrativo. In Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011. Consejo de Estado.

Seminario Internacional de Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011. Consejo de Estado. Bogotá. Pp. 301-302.

TROPER, Michael. ¿Existe-t-il un Concept de Gouvernement de Juges?. Gouvernement des Juges et Democratie. Publications de la Sorbonne. Paris. 2001.

URIBE, García Saúl. La Responsabilidad por Riesgo. In Revista Ratio Iuris. N°1. Universidad Latinoamericana de Medellín. 2005.

VELILLA, Morena Marco Antonio. Aproximación a la Indemnización de las Víctimas por vía Administrativa y Judicial. In Memorias Seminario Franco Colombiano. Consejo de Estado. Bogotá. PP. 371-380.

REFERENCIAS CORPORATIVAS

UPRIMNY, Rodrigo y GUZMAN, Diana, "*En la búsqueda de un concepto transformador y participativo para las repraraciones en contextos transicionales*", en *Revista colombiana de derecho intenacional,* Número 17, Bogotá, 2010, pp. 232-286.

FOSYGA. ¿Qué Es?. Citado el 22112016. Disponible en: http://www.renovacionmagisterial.org/inicio/docs/mar2008/001.pdf FOSYGA. ¿Qué Es? PDF.

BERNAL, Pulido Carlos y VIANA, María José. *"¿Hasta qué punto debe responder el Estado por actos de terrorismo?"*, ámbito jurídico, 29 de mayo 2016. Citado el 20112016. Disponible en: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3695.

INFORME EJECUTIVO PRESENTADO POR LA UNIDAD DE VICTIMAS A CORTE DE SEPTIEMBRE DE 2016.

REVISTA ÁMBITO JURÍDICO. La confianza defraudada por la expedición de leyes. Número 55, *In*. 6 a 19 de junio de 2016.

JURISPRUDENCIA

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 21 de julio de 1922, de sala de casación civil, Magistrado Ponente: Tancredo Nannetti.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 30 de junio 1962, de sala de casación civil Magistrado Ponente: José Gómez.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 13 de mayo de 2008, sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: César Julio Valencia Copete.

COLOMBIA.CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, 13 de septiembre de 1991, MP: Daniel Suárez Hernández, Exp.6453.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 13 de julio de 1993, de la sección tercera, Magistrado Ponente: Montes Hernández (exp. 8163).

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia C-566 de 30 de noviembre de 1995, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-333 de 1 agosto de 1996, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 3 de Febrero de 2000, de la sección tercera, Magistrado Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez (exp. 14.787).

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de octubre 18 de 2000, de la Sala de lo Contencioso. Administrativo, sección tercera, Magistrado Ponente: Alier Hernández. (exp. 11981).

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia nº 11.842 del 19 de Julio de 2000, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, Magistrado ponente: Alier Eduardo Hernández, (Radicación número: 11.842).

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 27 noviembre de 2006, Sala de lo Contencioso .Administrativo, Sección Tercera, (exp. 15835), sentencia de 27 de noviembre de 2006, (exp. 16571), sentencia de mayo 3 de 2007, (exp. 25020), sentencia de 3 de mayo de 2007, (exp. 21511) y, sentencia de 6 junio de 2007, (exp. 15781), todas con ponencia del Magistrado Ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

COLOMBIA.CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, 3 de mayo de 2007, MP: Enrique Gil Botero. Exp.16696.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 16 agosto de 2007, sección Tercera, Magistrado Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, Radicado 41001233100019930758501 (exp. 30114).

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 16 agosto de 2007, sección tercera, Magistrado Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, Radicado 41001233100019930758501, (exp. 30114).

COLOMBIA.CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 26 de marzo de 2008. Expediente: 16530. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

COLOMBIA.CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, 9 junio de 2010, MP: Enrique Gil Botero. Exp.19849.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 25 de mayo de 2011, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera - subsección c, Magistrado Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. (exp.18747).

COLOMBIA.CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. 14 de septiembre 2011. MP. Enrique Gil Boterro. Expediente 38222.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera subsección a. Consejero Ponente: Mauricio fajardo Gómez. Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil once (2011).Radicación número: 66001-23-31-000-1998-00409-01(19067).

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 29 de mayo de 2014, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera- subsección B, Magistrado Ponente: Ramiro Pazos Guerrero. (exp. 2014).

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 26 junio de 2015, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera- subsección B, Magistrado Ponente: Ramiro Pazos Guerrero. (exp. 30.925).

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 31 agosto de 2015, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera- subsección B, Magistrado Ponente: Ramiro Pazos Guerrero. (exp. 22637).

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 892 de 22 de agosto de 2001, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 836 de 9 agosto de 2001, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 992 de 19 diciembre de 2001, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-864 de 7 septiembre de 2004, Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-038 de 1 febrero de 2006, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-1194 de 3 diciembre de 2008, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-364 de 22 de mayo de 2009, Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1008 de 9 de diciembre de 2010, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-917 de 16 de noviembre de 2010, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-644 de 31 de agosto de 2011, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-314 de 30 de abril de 2012, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No.194 expediente No. 2004-01026. Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cali (Valle del Cauca) en el caso del Secuestro de los Diputados.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Loayza Tamayo, Sentencia de Reparaciones. 1997.

ARTÍCULOS EN LÍNEA

ÁMBITO JURÍDICO. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL.: http://www.ambito-juridico.com.br.

DIARIO LA PATRIA, Bogotá, COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. http: //www.lapatria.com/columnas/responsabilidad-solidaria-o-responsabilidad-compartida-ii, fecha de publicación: abril 17 de 2003.

DISCRECIONALIDAD. Citado el 22112016. Disponible en: http://lema.rae.es/dpd/srv/search?key=discrecionalidad.

EL DAÑO ANTIJURÍDICO Y SU FUNCIÓN RESARCITORIA. Citado el 20112016. Disponible en: http://www.larepublica.co/el-da%C3%B1o-antijur%C3%ADdico-y-su-funci%C3%B3n-resarcitoria_183216.

ELEMENTOS DEL SEGURO. Citado el 22112016. Disponible en: http://www.herdkp.com.pe/adds/info/elementos_del_seguro.htm#El Concepto del Riesgo

SEMINARIO INTERNACIONAL DE PRESENTACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ley 1437 de 2011, Consejo de Estado, Bogotá, pp. 301-302. Citado el 20112016. Disponible en: http://www.mij.gov.co/econtent/library/documents/DocNewsNo1787DocumentNo2600.pdf Tomado en: abril 2014.

Gilles, J. Novedades sobre la evolución del contencioso administrativo en Francia. Traducido del francés por María Valeria di Batista. Citado el 20112016. Disponible en: http://www.guglielmi.fr/IMG/pdf/NOVEDADES.pdf - GUGLIELMI Tomado: enero 2016.

HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto. El nuevo código administrativo de Colombia, carta de derechos ciudadanos. Citado el 20112016. Disponible en: http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/ivci_vmda/ponencias/AugustoHernandezBecerra.pdf- Tomado en: mayo 2016.

Leyes, Constitución y decretos

1. Ley 1437 de 2011
Artículos: 3 numeral 7, 44,140.

2. Ley 1448 de 2011
Artículo 20,54, 132, 168.

3. Constitución Nacional, editorial Leyer
Artículos: 1, 2,6, 13,2990, 230.

4. Código Contencioso Administrativo. Decreto 01 de 1984, editorial Leyer
Artículo: 86 Acción de Reparación Directa.