



**La responsabilidad extracontractual del Estado:
¿Camino a una reglamentación del artículo 90° constitucional?**

Juan David Gutiérrez González

**Facultad de Jurisprudencia
Maestría en Derecho Administrativo
Universidad del Rosario
Bogotá, D.C.**

2023



**La responsabilidad extracontractual del Estado:
¿Camino a una reglamentación del artículo 90° constitucional?**

Estudiante

Juan David Gutiérrez González

Directora De Tesis

Dra. Luisa Fernanda García

Facultad de Jurisprudencia

Maestría en Derecho Administrativo

Universidad del Rosario

Bogotá, D.C.

2023

DEDICATORIA

A Dios quien ha sido mi guía y fortaleza, a mi familia por su constante aliento. Así mismo, a mi Directora de tesis la Dra. Luisa Fernanda García, por su apoyo y paciencia.

CONTENIDO

pág.

Introducción	4
Capítulo 1 La responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia un escenario de construcción jurisprudencial desde los fundamentos constitucionales y legales. Antecedentes y actualidad	14
A. Antecedentes y actualidad de la Responsabilidad Extracontractual del Estado	19
1. La Responsabilidad Extracontractual del Estado antes de su constitucionalización	19
2. El Estado social de derecho, deber constitucional del Estado de indemnizar los perjuicios que cause.....	23
3. Principio <i>iura novit curia</i> en el análisis de la responsabilidad del Estado	26
B. Algunos sub regímenes de responsabilidad extracontractual del Estado.....	38
1. Responsabilidad por actos terroristas	38
2. Régimen aplicable por la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de los daños sufridos por quienes prestan servicio en los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado.....	42
a. Responsabilidad aplicada a los miembros voluntarios de la Fuerza Pública.....	42
b. Responsabilidad del Estado por daños ocasionados a quienes prestan el servicio militar obligatorio	45
3. Responsabilidad derivada de la administración de justicia.....	48
a. Responsabilidad por privación injusta de la libertad.....	49
b. Responsabilidad por error judicial.....	51

c. Responsabilidad por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.....	53
4. Responsabilidad derivada de la ejecución de obras públicas.....	54
5. Responsabilidad por la actividad aeronáutica.....	57
C. Derecho convencional en la responsabilidad extracontractual del Estado.....	59

Capítulo 2 La responsabilidad extracontractual del Estado: Una deuda pendiente del legislador colombiano.....

colombiano.....	65
A. <i>Civil law</i> el derecho legislado en Colombia y el sistema de precedentes: Un sistema híbrido en Colombia	70
B. Límites a la configuración legislativa en Colombia y análisis de derecho comparado respecto a la responsabilidad extracontractual del Estado.....	88
1. Límites a la configuración legislativa de la responsabilidad extracontractual del Estado	94
2. Análisis de la de la responsabilidad extracontractual del Estado desde el derecho comparado	103
a. Responsabilidad extracontractual del Estado: Alemania	103
b. Responsabilidad extracontractual del Estado: Chile.....	108
c. Responsabilidad extracontractual del Estado: España.....	110
d. Responsabilidad extracontractual del Estado: Argentina	114
C. La necesidad de una regulación legislativa	119
1. Definición de responsabilidad del Estado y aplicabilidad normativa.....	124
2. Principios de la responsabilidad extracontractual del Estado	125

3. Eximentes de responsabilidad.....	125
4. Elementos de la responsabilidad	126
5. Perjuicios indemnizables.....	126
6. Estructura general de la ley y motivos.....	127
a. Motivos de la Ley de la responsabilidad extracontractual del Estado	127
b. Estructura de la Ley de la responsabilidad extracontractual del Estado	129
Conclusiones	133
Bibliografía.....	137

Introducción

La Responsabilidad Extracontractual del Estado, un tema amplio y sobre el cual a lo largo de la historia se ha escrito bastante por su trascendencia e importancia tanto en la sociedad como en el ordenamiento jurídico, que, como se evidenciará en el presente trabajo, dicho tópico se ha desarrollado mayormente bajo un sistema pretoriano, es decir bajo la resolución de casos por las autoridades judiciales competentes, por lo que la jurisprudencia que concebimos como un criterio auxiliar de interpretación de la ley, es ahora un pilar fundamental para entender el desarrollo y la manera como el Estado responde patrimonialmente por los daños que haya causado y que le sean imputables.

Los fundamentos de la responsabilidad estatal están asociados con la reparación sobre el patrimonio, la vida o la propiedad privada, en virtud de la protección de los derechos fundamentales consagrados en las declaraciones de independencia, las cartas de derechos del hombre y las primeras constituciones escritas. No sobra recordar que dichos textos jurídicos son la concreción de las tesis escolásticas, contractualistas y del pensamiento ilustrado que dieron origen al moderno Derecho constitucional basado en la división de poderes, la limitación del poder arbitrario del gobernante y la consagración de derechos fundamentales, que se concretan en la idea de un Estado de Derecho (Jiménez, 2013)

La base de la responsabilidad estatal descansa en la equidad y los principios que emanan de ella. Estos principios, arraigados en el derecho natural, han sido incorporados en el marco constitucional positivo. Dado que la equidad implica una relación de igualdad, cualquier violación

de esta relación demanda una correspondiente compensación o reparación. Este principio se extiende tanto a la justicia distributiva como a la conmutativa. Es injusto no reconocer la responsabilidad del Estado por los daños causados por sus organismos, de manera similar a las relaciones entre particulares, aunque con fundamentos, normativas y alcances distintos.

La responsabilidad en general es una institución que surge y tiene su auge en el mundo jurídico poniendo en jaque conceptos del liberalismo clásico como respuesta a distintos fenómenos económicos, políticos y sociales, dentro de los cuales se encuentran la Segunda Guerra Mundial, el New Deal y el acelerado desarrollo industrial (Fabra Zamora, 2013).

El derecho, y especialmente los jueces, tuvieron que responder a estas nuevas realidades. Los teóricos “casi sin excepción se han dirigido a intentar encontrar soluciones puntuales en derecho a una situación creada por los tiempos modernos” (Suárez, 2013, pág. 155). En el Estado social y democrático de derecho existen aproximaciones históricas en torno al sistema de controles y responsabilidad del Estado. La mayoría sostiene que antes del Estado de derecho existía una irresponsabilidad absoluta de este como institución, así como de sus gobernantes.

El punto de inflexión es el fallo blanco del Tribunal de Conflictos francés, en el cual se estableció que el Estado, a través de sus agentes, puede ocasionar daños los cuales debe resarcir, caso particular cuando empleados de una tabacalera del departamento de Gironde causaron heridas a la menor hija del demandante. (Tribunal de Conflictos de Francia, 1873).

En Colombia la responsabilidad extracontractual del Estado tuvo su desarrollo a través de las decisiones de los jueces, por lo que concretamente y según varios doctrinantes de la materia esta tuvo su inicio pretoriano gracias a la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de Colombia, Corporación que a partir de 1864 empezó a sentar jurisprudencia sobre la materia relacionada con los daños que ocasionaba el gobierno por la guerra, que para ese entonces acontecía en nuestro territorio.

En este orden de ideas para principios del último cuarto del siglo XIX la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de Colombia había desarrollado un verdadero sistema de responsabilidad de la administración, dentro del cual se reconocieron las violaciones al derecho de propiedad cometidas por los combatientes y en el que se entendía que el Estado era un garante de los derechos liberales, sin importar quien fuera el ejecutor de la violación del derecho. (Arenas 2018).

En un primer análisis, la Corte examinó la viabilidad de la responsabilidad, señalando que cualquier individuo, ya sea persona natural o jurídica, nacional o extranjero, que haya sido afectado durante la guerra por un empréstito, definido como la suma de dinero entregada al Estado para respaldar las actividades bélicas, una expropiación llevada a cabo por los ejércitos en contienda y un suministro, entendido como la entrega voluntaria de bienes para uso militar, podría solicitar indemnización.

En consecuencia, el origen de la responsabilidad estatal en Colombia se remonta a situaciones de conflicto interno. Dado que el país ha experimentado en diversas ocasiones, incluso

en la actualidad, conflictos internos que resultan en daños a la población civil, resulta lógico que estos eventos hayan marcado el punto de partida para el desarrollo jurisprudencial en la materia por parte de los órganos judiciales competentes.

En la actualidad, la Responsabilidad Extracontractual del Estado se fundamenta en el artículo 90° de la Constitución Política, que establece que el Estado asumirá responsabilidad patrimonial por los daños antijurídicos que le sean imputados. Por ende, estos elementos son considerados los pilares fundamentales de la responsabilidad en la actualidad. (Asamblea Nacional Constituyente, artículo 90°, 1991).

Algunos autores afirman que para incluir el daño antijurídico en la Constitución colombiana, se acogió la doctrina del profesor español Eduardo García de Enterría, el cual lo define como el “perjuicio que el titular del patrimonio considerado no tiene el deber jurídico de soportarlo, aunque el agente que lo ocasione obre él mismo con toda licitud”. (Irisarri, 2000). Celemin simplifica el concepto según la doctrina española, en la cual se establece que un daño se hace antijurídico y se convierte en “un daño resarcible solo en aquellos casos en los que la víctima no tiene la obligación jurídica de asumirlo” (Celemin, 2004).

Por su parte, la Corte Constitucional desde sus inicios explicó que la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, razón por la cual se reputa indemnizable (Corte Constitucional, sentencia C-333, 1996).

En síntesis, los conceptos se centran en establecer que el daño antijurídico es la obligación que tiene el Estado de responder con su patrimonio por todos aquellos daños que le sean imputados y que afecten los derechos de la víctima, bien sea porque el Estado lo ocasionó o porque no hizo nada para evitarlo.

Respecto de la imputación, se entiende que se trata de la atribución de la respectiva lesión; en consecuencia, la denominada imputación jurídica (*imputatio iure* o subjetiva) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política (Consejo de Estado, exp. 7622, 1993).

En el transcurso de este trabajo de investigación, se abordará la intrincada dimensión de la responsabilidad patrimonial del Estado. Este análisis comprehensivo se nutrirá tanto de las perspectivas doctrinales como de la jurisprudencia, respaldado por un sustento normativo que abarcará todos los ámbitos pertinentes. El objetivo es proporcionar al lector una visión general de cómo se concibe la responsabilidad extracontractual en la actualidad. Este enfoque se gesta a partir de su evolución en los ámbitos jurídicos y sociales, destacando las inquietudes y el contexto que rodean este tema regulatorio. Asimismo, se explorarán las percepciones y proyecciones existentes en relación con este ámbito, dando origen a la redacción de este texto jurídico. El propósito es compartir una perspectiva que ha sido abordada con relativa escasez por parte de la comunidad

académica y los juristas que, en el ejercicio de sus funciones, se adentran en el análisis de la responsabilidad estatal.

Con la exposición actual de la responsabilidad estatal, es imperativo destacar cómo esta figura jurídica se sustenta en una cláusula general notablemente amplia. Como se subrayó previamente, ha sido tarea de la jurisprudencia y la doctrina expandir este principio de responsabilidad, adoptado por la Constitución Política de 1991. En el contexto colombiano, estos preceptos de responsabilidad e indemnización de perjuicios no encuentran respaldo legal específico; más bien, están supeditados a la interpretación jurisprudencial, siendo el Consejo de Estado el órgano máximo de la Jurisdicción Contencioso Administrativo en Colombia, el tribunal que establece los parámetros que podrían considerarse parte inherente de la fuente legislativa, a pesar de no emanar directamente de la ley.

Aunque es cierto lo anterior, es esencial permitir que el juez, dentro de su esfera de aplicación, realice una evaluación del caso mediante un análisis crítico ajustado al escenario específico que se analiza. No obstante, se percibe la falta de un desarrollo legal que limite el margen de discrecionalidad del juez, situación que se presenta en la actualidad en los procesos de responsabilidad extracontractual del Estado.

Ante ello, nace entonces la pregunta fuente del presente trabajo: ¿la ley como instrumento normativo por excelencia no podría reglamentar directamente algunos temas de responsabilidad extracontractual del Estado, derivado ello de los mandatos constitucionales establecidos sobre la materia?

Como respuesta a dicho interrogante, el presente trabajo presenta entonces una nueva fórmula para analizar la responsabilidad del Estado. Dicha fórmula establece todos los criterios adoptados por la jurisprudencia y los eleva al nivel de una ley, por lo que todos los conceptos estudiados a lo largo de los años se ven robustecidos al estar incorporados en un cuerpo normativo.

La presentación de la responsabilidad extracontractual del Estado en una norma proporciona de mayores herramientas al juez para resolver los casos puestos bajo su conocimiento, además de brindar de mayor seguridad jurídica a todo el sistema, pues no cabe duda que la reglamentación de una materia siempre establecerá mayor objetividad al momento de decidir dichos asuntos.

Colombia es un país cuyas bases jurídicas fueron cimentadas en el sistema jurídico del *civil law* o derecho normado, por lo que, si bien ha sido una labor exaltante de las altas cortes en su creación de jurisprudencia enriquecedora respecto de la responsabilidad, el vacío normativo respecto de dicho tema es evidente.

Es por ello que se hace necesario la reglamentación de la Responsabilidad extracontractual del Estado, cuyo beneficio en el escenario positivo implicaría la sistematización del sistema y propugnaría por mayor seguridad jurídica frente a quien acude a la Jurisdicción en busca de una garantía real de sus derechos subjetivos.

En este documento, se presenta un análisis exhaustivo del material documental examinado, compuesto por investigaciones, libros, artículos y sentencias relacionadas con categorías de análisis o núcleos temáticos que constituyen el fundamento conceptual de la tesis. Estos aspectos se dividen en dos capítulos principales: 1) La responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia: un escenario de construcción jurisprudencial desde los fundamentos constitucionales y legales. Antecedentes y actualidad y 2) La responsabilidad extracontractual del Estado: Una deuda pendiente del legislador colombiano.

En el primer capítulo, se explorarán los inicios de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia, su evolución y su configuración actual a través de los títulos de imputación creados por la jurisprudencia y los estándares convencionales establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, integrados todos estos en la jurisprudencia del Consejo de Estado. El propósito es proporcionar al lector una comprensión integral del origen de la responsabilidad en el país, sus características y cómo se imputa responsabilidad a las entidades estatales en la actualidad. Este análisis sienta las bases para la propuesta legislativa presentada en el trabajo de investigación.

En dicho capítulo, se realizará un estudio del principio *iura novit curia*, un principio crucial desarrollado en las sentencias de responsabilidad extracontractual del Estado, que establece límites al presente trabajo según directrices consolidadas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. La armonización de este principio con la tesis desarrollada será destacada.

En el segundo capítulo, tras abordar los antecedentes de la responsabilidad patrimonial del Estado, se profundizará en la necesidad legislativa en esta materia y los argumentos que la respaldan según la doctrina y la jurisprudencia. Se llegarán a conclusiones y se presentará una propuesta legislativa concreta, cumpliendo con todas las pautas establecidas a lo largo del trabajo.

En este segundo capítulo, se resaltarán la relevancia del *civil law* en el ordenamiento jurídico colombiano, recordando los fundamentos sobre los cuales se basa el derecho en el país. Se destacará el desarrollo de una guía del derecho a través de las normas escritas y su aplicación al tema específico de estudio.

Asimismo, se abordará el tema de las sentencias de unificación y su valor como precedente en la responsabilidad del Estado, sirviendo como punto de partida para la reglamentación de la misma. Su análisis mostrará el sistema híbrido de derecho en Colombia, guiado tanto por las normas escritas del *civil law* como por el sistema de precedentes del *common law*.

Posteriormente, se llevará a cabo un análisis de derecho comparado, exponiendo los enfoques legales adoptados por otros ordenamientos jurídicos en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, tanto desde una perspectiva regional como europea, siendo esta última crucial en el desarrollo jurisprudencial en el país.

Finalmente, se presentará la solución al problema planteado, junto con la identificación de los desafíos asociados. Se determinarán los límites de la intervención del legislador en la materia y se propondrá una reglamentación armoniosa que respete los imperativos constitucionales y

convencionales de la responsabilidad del Estado, garantizando en todo caso los derechos de las víctimas.

Por otro lado, cabe aclarar que el presente trabajo no busca desarrollar temas propios respecto de los elementos de la responsabilidad del Estado o sus regímenes de imputación, no obstante, en atención al desarrollo jurisprudencial en la materia, parte de dichos conceptos para establecer el marco de intervención del legislador sobre lo que se ha construido a través de los años en este sistema mayormente pretoriano, por lo tanto, este trabajo busca presentar una propuesta para que la ley reglamente o defina los parámetros que facilitarían a todos los operadores jurídicos una mayor definición de los criterios de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Tampoco se busca con el proyecto de investigación abordar temas respecto de indemnizaciones derivadas de otros mecanismos jurídicos, distintos a la responsabilidad del Estado, por lo que las medidas administrativas o legislativas, distintas a las judiciales, no serán estudiadas en la propuesta que se presenta, centrándose así en el marco de responsabilidad establecido por el artículo 90° de la Constitución Política.

CAPITULO 1

La responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia un escenario de construcción jurisprudencial desde los fundamentos constitucionales y legales. Antecedentes y actualidad.

La responsabilidad extracontractual del Estado en nuestro país ha sido un gran avance en materia de derechos y ha sido un tema que ha sido desarrollado, como ya se dijo, por los jueces en sus providencias, lo que se refiere a que ha sido un sistema jurídico pretoriano, pues, el legislador aun en el marco de sus competencias se ha restringido en su labor, dejando en manos de los jueces de nuestro país el resarcimiento de perjuicios producto de los daños causados por las agentes estatales.

Lo anterior es producto de la evolución jurídica del mundo y un reflejo de ello en Colombia, recuérdese que como fundamento de la responsabilidad se ha referido al fallo blanco en Francia, decisión judicial proferida por el Tribunal de Controversias, en la cual se estableció que el Estado, a través de sus agentes, puede ocasionar daños los cuales debe resarcir, caso particular cuando empleados de una tabacalera del departamento de Girona causaron heridas a la menor hija del demandante. (Tribunal de Conflictos de Francia, 1873).

De esta manera se consideró que el Estado, si bien es una figura abstracta que enmarca los poderes públicos, puede causar daños y debe responder por ellos, y se diferenciaron las obligaciones de dichas autoridades administrativas y su relación con los servicios públicos y las actuaciones públicas que realizan.

En virtud de ello los jueces colombianos han ido introduciendo en el sistema jurídico nacional dichos conceptos y han declarado la responsabilidad del Estado. Jueces que, en el marco de sus competencias, como se verá más adelante, tienen la facultad de resolver los litigios en que se vea involucrada una autoridad administrativa.

A partir de dichos conceptos jurisprudenciales se han ido adaptando tesis respecto de la imputación de daños a las entidades públicas, por lo que se han creado regímenes de responsabilidad, los cuales determinaron que inclusive cuando el Estado obre de manera diligente es responsable de los perjuicios que cause con ocasión a principios y valores que fundan el sistema jurídico.

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 se elevó a rango constitucional la responsabilidad extracontractual del Estado, lo cual denotó el gran avance producido por los jueces en sus providencias y lo adoptó como pilar fundamental del Estado social de derecho.

Desde dicho momento, se ha dicho que el Estado responderá por los daños antijurídicos que le sean imputables, por lo que estableció un marco amplio de acción para los operadores judiciales, quienes en la actualidad emplean las tesis establecidas a lo largo de los años por la jurisprudencia a los casos similares bajo estudio.

Dentro de los dos regímenes de responsabilidad, entendidos como objetivo y subjetivo, se han creado tres títulos de imputación para estudiar los casos de responsabilidad, los cuales se han denominado en el subjetivo la falla del servicio y en los objetivos el daños especial y el riesgo excepcional, dichas tesis de imputación conllevan un estudio distinto de la responsabilidad y a lo largo de la historia se han aplicado para establecer si el Estado es responsable o no por los daños que se le imputan.

Ello es importante recalcarlo, más cuando el fundamento normativo por excelencia contenido en el artículo 90° de nuestra Constitución Política no estableció dichos títulos de imputación dentro de los elementos de la responsabilidad, ya que como se dijo, los dos grandes elementos de la responsabilidad son el daño antijurídico y la imputación a la entidad pública, pero es allí, en ese juicio de imputación, donde los jueces utilizan las tesis plasmadas en esos títulos de imputación para resolver los casos de responsabilidad (Asamblea Nacional Constituyente, artículo 90°, 1991).

Entonces, el juez tiene varias herramientas para desarrollar el juicio de imputación. La jurisprudencia ha consolidado líneas del pensamiento en el cual respectivos títulos de imputación han sido aplicados de manera uniforme para decidir asuntos de similar naturaleza, como por ejemplo, es bien sabido que, sin tener en cuenta situaciones excepcionales, la responsabilidad de daños producidos a conscriptos durante la prestación de su servicio militar obligatorio es analizada bajo un régimen objetivo de responsabilidad, fundada bajo el título de imputación de daño especial, en el entendido que el Estado guarda una especial relación de sujeción con las personas que se les impone la obligación de prestar dicho servicio militar.

No obstante dicha facultad de analizar los casos similares bajo las mismas reglas de interpretación, el Consejo de Estado ha dicho que como dichos títulos de imputación no fueron previstos por la cláusula general de responsabilidad prevista en la Constitución, el principio *iura novit curia* es el fundamento para determinar que ningún juez está obligado a fallar ningún caso

de determinada manera y es libre de analizar el juicio de responsabilidad según el régimen que considere más adecuado para resolver el asunto.

Es por esto que en este capítulo se expondrán, a manera de ejemplo, algunos de los regímenes de responsabilidad más utilizados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, entre ellos, los utilizados para enjuiciar la responsabilidad por los daños causados a miembros de la Fuerza pública, o los ocasionados por actos terroristas, o los causados por la administración de justicia.

En todos los casos, se verá, como el Consejo de Estado ha priorizado algunos títulos de imputación para resolver determinados asuntos, no obstante, siempre ha clarificado que los tres títulos de imputación pueden ser utilizados respetando la esencia de cada uno y según las particularidades de cada caso en concreto.

Finalmente, para concluir a grandes rasgos las características y elementos de la responsabilidad del Estado, como se concibió en nuestro país y como se estudia hasta nuestros días, es necesario recordar que el concepto de Constitución ya no se reduce únicamente a las disposiciones contenidas en ella sino trasciende a las normas de carácter supranacional, que en nuestro caso se articulan mediante el mandato contenido en el artículo 93° de la Constitución Política, el cual refiere al bloque de constitucionalidad. Ello significa que el papel del juez ya no debe solo versar solo sobre la interpretación de normas constitucionales y legales internas, sino que debe integrar de manera armónica los tratados y convenios suscritos por Colombia, lo cual toma una importante relevancia al estudiar casos en los que se evalúe la responsabilidad del Estado

sobre graves violaciones a los derechos humanos (Asamblea Nacional Constituyente, artículo 93°, 1991).

A. Antecedentes y actualidad de la Responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia.

1. La responsabilidad extracontractual del Estado antes de su constitucionalización.

Existen importantes desarrollos en materia de responsabilidad patrimonial del Estado Colombiano que se presentaron en la segunda mitad del siglo XIX, a los cuales contribuyó en gran medida la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de Colombia. Se presentará un breve análisis jurisprudencial que abordará diferentes periodos comprendidos antes de 1913, entre 1913 y 1935 y de los periodos comprendidos entre 1935 y 1964.

La evolución de la responsabilidad del Estado en Colombia fue un proceso no lineal, en el cual se pueden observar la existencia de avances como de retrocesos. En este orden de ideas, la primera sentencia sobre el tema sería la del 7 de diciembre de 1864, proferida por la Corte Suprema Federal, en la que se reconoce que el Gobierno debe responder por una propiedad que fue destruida por un incendio y que había sido previamente expropiada con el fin de utilizarla por el Ejército Federal (Arenas, 2018).

Tomando en consideración el inicio claro de la responsabilidad de los agentes estatales en Colombia, que efectivamente abre la posibilidad de imputar al Estado los daños que pueda causar,

a partir de este punto y gracias a las futuras corporaciones judiciales encargadas de resolver estos asuntos, se han adoptado diversas tesis sobre la materia. Sin embargo, para los fines de este trabajo, resulta imperativo vincular las líneas de desarrollo de la responsabilidad del Estado con el derecho administrativo colombiano en su sentido más propio. En este sentido, es esencial distinguir las siguientes etapas o momentos de evolución.

En el periodo comprendido antes de 1913:

Si bien los orígenes del Consejo de Estado se remontan al año de 1817, esa corporación se había creado con la finalidad de ser un cuerpo consultivo del Gobierno Nacional, posteriormente en la Constitución Política de 1886 se le consagraron funciones de Tribunal Contencioso Administrativo, por lo que el artículo 86° constitucional facultó al legislador para establecer dicha jurisdicción. (Consejo Nacional Constituyente de Colombia, artículo 86°, 1886).

No obstante, el artículo 151° constitucional le reservó la competencia a la Corte de conocer los negocios contenciosos en que tuviera parte el Estado o que constituyera litigio entre dos o más departamentos, así como lo referente a la validez o nulidad de las ordenanzas departamentales que hubieren sido suspendidas por el Gobierno o denunciadas ante los Tribunales por los interesados como lesivas de derechos Civiles (Consejo Nacional Constituyente de Colombia, artículo 151°, 1886).

Por lo anterior durante este periodo de tiempo la jurisdicción ordinaria, única para ese entonces, era la encargada de conocer de los litigios en que fuera parte el Estado sin hacer la

distinción entre la legalidad y la responsabilidad propiamente dichos, y no fue hasta que por medio de la Ley 130 de 1913 se crea la Jurisdicción Contencioso Administrativa entendida como el primer código sobre la materia (Congreso de la República de Colombia, 1913).

Periodo comprendido entre 1913 y 1935:

Al crearse esta jurisdicción especial, se denominó que solo sería juez de legalidad por lo que la jurisdicción ordinaria decidía de los conflictos derivados de los derechos de los particulares y el Estado, aunque por excepción de la Ley 38 de 1918 el Consejo de Estado conocía de las reclamaciones contra el Estado por expropiaciones o daños en la propiedad ajena, causados en virtud de ordenes administrativas. (Congreso de la República de Colombia, 1918).

Por lo anterior la jurisdicción ordinaria conocía de la responsabilidad del Estado y los particulares, a la luz del código civil, por lo que la jurisdicción contenciosa administrativa no decidía controversia alguna de derechos donde interviniera un particular, así fuere de este con el Estado, solo la mera legalidad de la actuación de la administración.

Periodo comprendido entre 1935 y 1964:

En este periodo de tiempo el Consejo de Estado era competente para hacer declaraciones de responsabilidad que devinieran como consecuencia de las declaraciones de nulidad que resolviera y el resto correspondía a la jurisdicción ordinaria, pero es de destacar que en este periodo

de tiempo fueron bastantes las confrontaciones entre los dos máximos tribunales de cada jurisdicción en cuanto a la competencia para declarar la responsabilidad del Estado.

Con la promulgación de la Ley 167 de 1941, se abrió el camino para que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa pudiera pronunciarse sobre la responsabilidad del Estado en relación con sus actos y operaciones administrativas. Posteriormente, tras la declaración de inconstitucionalidad de ciertos apartes del código administrativo por parte de la Corte Suprema de Justicia y la consiguiente generación de discrepancias de opiniones entre las altas corporaciones, el Decreto 528 de 1964 otorgó al Consejo de Estado la facultad de conocer los asuntos relacionados con la responsabilidad del Estado por las decisiones y operaciones administrativas de la administración. Este decreto marcó un hito al conferirle al Consejo de Estado la competencia para abordar casos en los cuales el Estado pudiera ser responsabilizado por las acciones de la administración y sus operaciones administrativas (Congreso de la República de Colombia, 1941; Presidencia de la República de Colombia, 1964).

Posteriormente y en cuanto a la evolución de la jurisprudencia por la Jurisdicción es de mencionar que se enmarcó en unos periodos muy destacados los cuales fueron la declaratoria por responsabilidad directa, indirecta, y por último el desarrollo por parte del Consejo de Estado de la figura que hasta nuestros días sería por excelencia el título de imputación para declarar la responsabilidad, esto es la falla del servicio, la cual tuvo un alcance antes y después de la Constitución de 1991.

2. El Estado social de derecho, deber constitucional del Estado de indemnizar los perjuicios que cause

Con la concepción de la Constitución Política de 1991, se origina un Estado moderno que ya no solo está regido por un ordenamiento jurídico el cual debe respetar sino además se convierte en un Estado garante, pues no solo debe cumplir con la normativa dentro de su actuar, sino también es un Estado lleno de deberes que debe procurar por el bien común de la sociedad.

Por lo anterior la responsabilidad del Estado no solo deviene del artículo 90° constitucional que la proclama, también el artículo primero, donde se enmarcan las obligaciones que tiene el Estado con la población y esto también quiere decir que para declarar la responsabilidad del Estado la Constitución y todos los principios que se enmarcan en ella son protagonistas para declararla, por esto que la solidaridad fuere el principio por excelencia que sirvió de fundamento para explicar porque el Estado en ciertas ocasiones está obligado a responder sin culpa alguna y en pro de garantizar los derechos del ciudadano y que el Estado debe procurar (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Así, la solidaridad funge como un valor fundante del Estado colombiano, como uno de los pilares del Estado social de derecho junto con el respeto a la dignidad humana y el trabajo, como un principio - mandato de optimización de la conducta de las autoridades públicas y de los particulares, como un deber de inmediato cumplimiento, así como un derecho exigible de los particulares y del Estado; finalmente ha servido, también, como fundamento de algunas hipótesis de reparación de víctimas (Pimiento, 2016, p.14).

En las palabras del Doctor Felipe Navia Arroyo (2000):

El régimen colombiano de responsabilidad extracontractual del Estado previo a 1991, esencialmente de carácter pretoriano y, por ende, inacabado, se revela como un sistema en constante evolución, abierto a nuevas posibilidades, régimen que no solo podría describirse como integral, sino también como equilibrado, logrando una armoniosa conciliación entre la protección de los derechos individuales y el interés público. Este equilibrio, evidentemente delicado, no podría alcanzarse si la indemnización se limitara únicamente a la presencia de un daño, o, siguiendo la perspectiva y la terminología apasionantes de Eduardo García de Enterría, tan prominentes en el Consejo de Estado en la última década, a una lesión, sin tener en cuenta las condiciones y circunstancias en las que dicha lesión fue causada. (p.213)

De lo anterior se puede interpretar que a partir de la constitucionalización de la responsabilidad del Estado, se dio origen a la nueva era de su declaratoria, pero contrario a lo que pensaba el autor en mención, el desarrollo sobre la materia siguió siendo analizado bajo un sistema pretoriano pues es muy poco el avance normativo sobre la materia y en lo que sujeta a su desarrollo y alcances aún sigue sujeto a la jurisprudencia que adopta el Consejo de Estado como máximo tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Este modelo de Estado social de derecho, que dio paso al reconocimiento constitucional del deber del Estado de reparar los daños que cause, fue desarrollado no tanto sustancialmente en

la norma como se explicó líneas atrás sino mayormente en jurisprudencia, pero es necesario también mencionar el mecanismo procesal dispuesto para el ejercicio de este derecho, es decir al Código Contencioso Administrativo, que contempla los medios de control para poder ejercer la acción y el derecho de acceder a la administración de justicia, en lo que nos ocupa en este trabajo en lo referente a la declaratoria de responsabilidad del Estado, tema que ha sido objeto de debate por académicos en la materia.

En palabras del profesor Juan Carlos Henao (2015):

El restablecimiento del derecho como reparación *in natura* es la forma por excelencia de reparar daños. De igual manera, en el artículo 140° de la Ley 1437 de 2011, cuando define el medio de control de la reparación directa, afirma que se desarrolla en los términos del artículo 90° de la Constitución Política para demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado. Resulta infortunado hacer la citación del artículo 90° constitucional para referirse a una sola acción de las contempladas en el Código, como si solo se pudiera comprometer la responsabilidad del Estado 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. Y es infortunada dicha restricción porque allí, donde haya condena al Estado, el fundamento de la misma será el artículo 90° de la Constitución Política. Es decir, este artículo es el fundamento

constitucional de todas las acciones contenciosas administrativas, ordinarias y/o constitucionales donde haya pretensiones en contra del Estado. (p.290)

Según lo expuesto es posible encontrar que, respecto a posiciones encontradas frente a la reparación de daños por parte de agentes estatales, la falta de contenido normativo puede causar confusión y corrientes del pensamiento distintas encontradas como se hablará de ello a continuación.

3. Principio iura novit curia en el análisis de la responsabilidad del Estado

Como se ha expuesto en los antecedentes históricos relacionados con la responsabilidad del Estado, la jurisprudencia ha recurrido a títulos de imputación que forman parte de regímenes objetivos o subjetivos de causalidad. Estos títulos son fundamentales para imputar la responsabilidad a una entidad estatal. Por ende, resulta necesario explicar cada uno de estos títulos y detallar cómo la jurisprudencia los emplea. En este trabajo, se comparte la perspectiva de que no se debe vincular al juez con un régimen específico de responsabilidad, ya que cada caso presenta particularidades que deben analizarse integralmente para determinar el régimen aplicable. Posteriormente, se expondrán algunos temas desarrollados por la jurisprudencia que evidencian esta complejidad, representando situaciones de responsabilidad que pueden ser analizadas bajo varios títulos de imputación, dependiendo de la peculiaridad del caso.

Como es ampliamente conocido, la falla del servicio corresponde al régimen de responsabilidad subjetiva, donde prevalece la culpa de la administración debido a extralimitación

de funciones, retardo en el cumplimiento de obligaciones, cumplimiento tardío o defectuoso de obligaciones, o incumplimiento de obligaciones a cargo del Estado.

Estas acciones u omisiones, atribuibles a la administración, resultan en irregularidades que generan daños imputables al Estado. Este régimen, tradicional, pero en constante evolución, coexiste con la responsabilidad objetiva reconocida en la normativa superior, consagrada en el artículo 90° de la Constitución Política (Ruiz, 2016).

Este título de imputación, de gran trascendencia en la jurisprudencia nacional, contempla diversas subespecies, como se evidenció anteriormente. Al analizar casos concretos, es crucial determinar si se trata de una falla por omisión, retardo o defectuoso funcionamiento de la administración, en resumen, cuando el Estado provoca la prestación de un servicio deficiente a su cargo.

En segundo lugar, la teoría del daño especial se enmarca en un régimen de responsabilidad objetiva, lo que significa que cuando el Estado cause un daño está obligado a repararlo incluso si no tuvo culpa en su producción. Este título de imputación ha evolucionado gradualmente gracias a la jurisprudencia, que lo ha concebido a partir del principio de igualdad ante las cargas públicas. En otras palabras, cuando a un ciudadano se le impone una carga o deber que excede sus capacidades y que, por lo tanto, no está obligado a soportar, se declara la responsabilidad del Estado.

Los ciudadanos no deben sufrir unos más que otros las cargas impuestas en el interés de todos, de donde resulta que los daños excepcionales, los accidentes que el poder público cause a los particulares, deben ser indemnizados por el presupuesto que está formado por las contribuciones de toda la colectividad. Además, las necesidades de la vida en común exigen que cada uno los soporte sin indemnización los daños resultantes del ejercicio legal y regular del poder público, a menos que el legislador haya dispuesto lo contrario. Cuando el Estado ejecuta un acto que perjudica a un habitante haciéndole sufrir un daño injusto, con respecto a los demás ciudadanos, está obligado a indemnizar ese daño para no romper el principio de equidad, de igualdad, que ampara a todos los habitantes (Hinestrosa, 2018).

Ahora, el riesgo excepcional, este título de imputación como los demás mencionados que fueron desarrollados por la jurisprudencia y poco a poco se fueron perfeccionando con el paso del tiempo, igual que el daño especial pertenece a un régimen de responsabilidad objetiva, responsabilidad sin falta, a lo cual en principio igual que el daño especial salta a la vista que fueron las primeras inmersiones por parte de los jueces en declarar la responsabilidad por el deber que tiene el Estado con los particulares y en un principio como ya se mencionó fundada en el principio de solidaridad.

La responsabilidad objetiva por riesgo excepcional, ha sido decantada por la jurisprudencia en los eventos de actividades peligrosas como el uso de armas de dotación oficial, la conducción de vehículos, las redes de energía eléctrica y toda situación que implique riesgo como los atentados terroristas a objetivos públicos ubicados cerca de bienes o personas particulares o la ejecución de determinadas obras públicas (Ruiz, 2016).

Así las cosas, está claro que el juez en sus sentencias de responsabilidad tiene un marco de acción sujeto a tres títulos de imputación para establecer si hay o no lugar para hacer una declaratoria de responsabilidad, lo que en la práctica ha expuesto un inconveniente en lo que se refiere a la seguridad jurídica de las decisiones y uniformidad de las mismas, pues así como ha evolucionado la responsabilidad, la misma obedece a las corrientes del pensamiento de los jueces y sus doctrinas que han conllevado a establecer a que casos se aplican ciertos títulos de imputación.

La Constitución Política de 1991 introdujo el concepto de Estado social de derecho, sin embargo, esta transformación no solo abrió la puerta a dicho enfoque, sino que también facilitó su interpretación y armonización con el resto del ordenamiento jurídico. De esta manera, los jueces, al administrar justicia, llevan a cabo una operación finalista de la carta política. Esto implica que el derecho no se limita únicamente a las normas, sino que incorpora los fines contemplados en la Constitución hacia los cuales se orienta el ordenamiento jurídico. En consecuencia, estos principios están estrechamente vinculados con los valores expresados en el preámbulo de la misma.

Con este nuevo pensamiento adoptado por la concepción del Estado social de derecho y esta integración por la que propende nuestra Constitución Política, es importante resaltar el papel de los jueces en el derecho, pues en la antigüedad el juez tenía un papel más restringido a la aplicabilidad de la ley, tanto así que se le denominaba al juez como la boca de la ley, pero en estos tiempos de cambio se ha llegado a afirmar inclusive que el juez es el creador del derecho en sus providencias, pues no se sujeta a la literalidad de la ley sino interpreta e integra los principios

constitucionales en sus fallos, por lo que en temas como la responsabilidad del Estado causa una relevancia importante.

Por otra parte, si se tienen en cuenta algunos hechos que hoy los principios que contienen valores de justicia se han convertido en derecho positivo integrado en la Constitución; que, por consiguiente, la apelación a la justicia, junto o frente a las reglas jurídicas, ya no puede verse como un gesto subversivo y destructor del derecho (a diferencia de lo que sucedía en la época del positivismo jurídico), sino que es algo previsto y admitido; que tales principios consisten fundamentalmente en nociones de contenido variable y, por tanto, cumplen una función esencialmente dinámica, se comprenderá entonces que se ha introducido en el ordenamiento una fuerza permanente orientada al cambio (Zagrebelsky, 2003).

La Responsabilidad Extracontractual del Estado en su desarrollo jurisprudencial adoptó varios títulos de imputación como se expuso líneas atrás para declarar la responsabilidad del Estado, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 y la adopción de su artículo 90° que positivizaba a nivel constitucional la responsabilidad, se tiene como elementos de la responsabilidad, i) la existencia de un daño antijurídico y ii) que fuera imputable a la entidad estatal, pero como en todo juicio de responsabilidad debe existir una relación de causalidad que una estos dos elementos, es allí donde los títulos de imputación juegan un papel esencial ya que para cada caso en concreto el análisis es diferente, por lo que el papel del juez cobra vital importancia para declarar o no la responsabilidad del Estado.

Así las cosas, se tiene que el artículo 90° de la Constitución Política de 1991, consagra lo referente a la responsabilidad del Estado, indicando que la administración “responderá por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”, es decir, que desde la perspectiva constitucional se previó una fórmula general de responsabilidad, por acción u omisión de las entidades del Estado (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

De la norma constitucional en cita se puede concluir que para imputar responsabilidad a la administración Pública es necesario verificar la existencia de un daño antijurídico, es decir, aquél que la persona no estaba en obligación de soportar, así como efectuar un juicio de imputación a fin de determinar si fáctica y jurídicamente es atribuible a la entidad demanda el daño que se endilga, o si por el contrario se configura una causal de exoneración de responsabilidad, es decir, fuerza mayor, caso fortuito, hecho exclusivo de la víctima y/o hecho exclusivo y determinante de un tercero, así como la concurrencia de culpas en la producción del daño (Consejo de Estado, exp. 24070, 2012).

Como se dijo anteriormente, la jurisprudencia ha reconocido de manera pacífica y uniforme dos regímenes de imputación de la responsabilidad, uno subjetivo y uno objetivo. En el régimen subjetivo de responsabilidad como sistema clásico de imputación, impera la tesis de la culpa, falta o falla del servicio, a través de la cual se pretende indemnizar los perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones a cargo del Estado, o lo que es lo mismo, consiste en la causación de un daño por una persona de derecho público que no ha actuado como debía hacerlo.

Respecto del régimen objetivo de responsabilidad o sin culpa, se aplica de forma residual a la falla del servicio y puede darse en dos supuestos, bien por haberse causado por el rompimiento de la carga pública de igualdad, teoría recopilada en la tesis del daño especial, o por un riesgo excepcional que se configura cuando la administración expone a un riesgo mayor a sus administrados, esto es bajo una óptica objetiva de responsabilidad.

De lo anterior se puede colegir, si bien se definieron constitucionalmente los elementos de la responsabilidad del Estado, la imputación conlleva el estudio del caso según los títulos de imputación desarrollados por la jurisprudencia a través de los años, los cuales continúan incólumes en sus definiciones y nociones generales que se han establecido desde que fueron creados.

Con el fin de puntualizar sobre dichos elementos se expondrá brevemente las nociones de cada uno. Respecto del daño, jurisprudencialmente se ha entendido como la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial. que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho, o también se ha entendido como el daño que se produce a una persona a pesar de que el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación.

En este orden de ideas, se tiene que el daño como elemento de la responsabilidad extracontractual del Estado, debe estar cabalmente estructurado, el Consejo de Estado (2015) dentro del expediente con el radicado 38522 dijo:

Con la finalidad de tener acreditado el daño, se torna imprescindible acreditar que satisface los siguientes requisitos: i) debe ser antijurídico esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo. ii) debe lesionar un derecho. bien o interés protegido por el ordenamiento legal y iii) debe ser cierto decir que se pueda apreciar material y jurídicamente, por ende, no puede limitarse a una mera conjetura. Como quiera que la antijuricidad del daño es el primer elemento de la responsabilidad, una vez verificada su existencia se debe determinar si es imputable o no a la entidad demandada; por tanto, le corresponde al juez constatar el daño como entidad, como violación a un interés legítimo, valorar si es o no antijurídico y, una vez estructurado como tal, analizar la posibilidad de imputación o no a la entidad demandada. Si el daño no está acreditado, se torna inoficioso el estudio de la responsabilidad. por más que se encuentre acreditada alguna falla o falta en la prestación del servicio por parte de la Administración (p.6).

Respecto de la imputación, este elemento no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo a los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo la falla del servicio, el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto (Consejo de Estado, exp. 35352, 2016).

Es en este elemento que el operador judicial debe enmarcar el estudio de la responsabilidad en alguno de los títulos de imputación vistos anteriormente, con el fin de configurar se declara o no la responsabilidad en el caso a su cargo.

Entonces, de lo vislumbrado hasta ahora se puede tener certeza del marco jurídico que rodea la imputación de responsabilidad al Estado, pero ello conlleva a partir de lo expuesto la gran importancia que cobra el principio *iura novit curia* que traduce “el juez conoce el derecho”, por lo que no hay un título de imputación exclusivo frente a un caso determinado y le corresponde al juez determinar la aplicabilidad de los mismos al caso bajo estudio, por lo que ahora es necesario precisar que ha dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado frente a este principio.

Al respecto, el Consejo de Estado (2011) dijo en una sentencia identificada bajo el radicado 20646, en relación con los conscriptos, el principio *iura novit curia* reviste una característica especial, ya que el juez debe verificar si el daño antijurídico resulta atribuible al Estado, con fundamento en cualquiera de los títulos de imputación que se vienen de enunciar, al respecto se manifestó:

La Sala advierte que en aplicación del principio del *iura novit curia* se analiza el caso adecuando los supuestos fácticos al régimen de responsabilidad patrimonial del Estado que se ajuste debidamente, sin que esto implique una suerte de modificación o alteración de la causa petendi, ni que responda a la formulación de una hipótesis que se aleje de la realidad material del caso, ni que se establezca un curso causal hipotético de manera arbitraria. (p. 17).

Posteriormente ahondó más en el mentado principio, por lo que en sentencia de unificación expuso la Corporación que en lo que refiere al derecho de daños el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en

particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a la adopción de diversos 'títulos de imputación' como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación. En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado (Consejo de Estado, exp. 21515, 2012).

Concretamente, lo anotado por el Consejo de Estado en dicha providencia fue:

En la actualidad, las decisiones judiciales que se consideran admisibles son únicamente aquellas que tienen como sustento, criterios o parámetros distinguibles que puedan ser revisados y analizados desde una órbita externa a la decisión misma. Bajo esa perspectiva, cada providencia judicial conlleva una elección entre diferentes opciones de solución, que, según el criterio del fallador, se escoge por mostrarse como la más adecuada al caso concreto.

En ese orden de ideas, la razón por la cual se exige al juez dicha motivación tiene que ver con la necesidad de observar el itinerario recorrido para la construcción y toma de la

decisión adoptada, de manera que se disminuya el grado de discrecionalidad del fallador quien deberá siempre buscar la respuesta más acertada, garantizando así una sentencia argumentada, susceptible de ser controvertida en tal motivación por vía de impugnación por las partes que se vean perjudicadas.

En el caso colombiano, la obligatoriedad de motivación de las sentencias judiciales, encuentra su antecedente más cercano en el artículo 163° de la Constitución de 1886, regla ésta que fue excluida de la Carta Política de 1991 y que vino a ser incorporada de nuevo con la expedición de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Así mismo, el Código Contencioso Administrativo contempla los elementos esenciales que deben contener las sentencias judiciales, entre los cuales aparece de manera expresa la necesidad de motivación.

En lo que refiere al derecho de daños, como se dijo previamente, se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a la adopción de diversos “títulos de imputación” como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación

de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación.

En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta providencia. (p.24, 25).

En vista de lo expuesto hasta ahora, ha quedado precisado, que en la actualidad, la jurisprudencia ha establecido que el juez al estudiar cada caso y según las particularidades que se adviertan en cada uno, deberá según su sano juicio, analizar el estudio de responsabilidad según régimen que considere, objetivo o subjetivo, y el título de imitación que se adecue a lo que se debate en el proceso, todo, claro está, según los lineamientos establecidos en la jurisprudencia por el Consejo de Estado.

A continuación, se expondrán brevemente los tipos de responsabilidad más relevantes y con más desarrollo que ha tenido la jurisdicción en el paso del tiempo por el tema de responsabilidad del Estado.

B. Algunos Sub regímenes de responsabilidad extracontractual del Estado desarrollados por la jurisprudencia del Consejo de Estado

1. Responsabilidad por actos terroristas

Los sistemas de responsabilidad administrativa que han servido como medio para lograr la indemnización de los ciudadanos que son víctimas de actos terroristas y que el Consejo de Estado ha utilizado en su jurisprudencia son básicamente los tres que ya se mencionaron anteriormente, la falla del servicio, el riesgo excepcional, y el daño especial. En nuestro país los conflictos armados son escenarios que se han propiciado durante bastante tiempo y que continúan en la actualidad, por ende, este tipo de responsabilidad es muy demandado por los usuarios de la administración de justicia.

Lo anterior, teniendo en cuenta que los ataques provenientes de grupos terroristas representan una vulneración sistemática de los derechos fundamentales, personales y colectivos de las personas. De allí que, a través del ejercicio jurisdiccional, se busque responsabilizar a los Estados del resarcimiento de los daños generados a su población, tras esclarecer los hechos bajo investigación (Alzate, 2020).

Cabe precisar que los actos terroristas se diferencian de otras formas de conflicto político armado, pues en ellos se vulnera cualquier norma de carácter nacional o internacional; buscando, además, interferir en la división del poder, de los bienes o simbolismos propios, utilizados al interior de una comunidad (Poveda y Agudo, 2015).

Específicamente sobre este tipo de responsabilidad se puede decir que el Consejo de Estado ha sido cambiante en su jurisprudencia sobre la materia por lo que en casos similares se puede observar como las decisiones han sido distintas, ya sea en el título de imputación utilizado, o inclusive en la declaratoria de responsabilidad.

En relación con el régimen de responsabilidad por daños causados por ataques terroristas, el Consejo de Estado parte, por regla general, de dos criterios de imputación, a saber: el riesgo excepcional y la falla del servicio, según los hechos probados y la atribución jurídica que proceda en cada caso.

Resulta bastante confuso que, a pesar de respaldar algunos de los anteriores postulados con sus providencias, el Consejo de Estado resuelva ciertos casos de responsabilidad extracontractual del Estado por ataques terroristas utilizando la vía del daño especial, incluso cuando los hechos del caso particular se ajustan a otros regímenes. Por tanto, es crucial subrayar y resaltar la ineludible tarea que el órgano deberá abordar en el futuro cercano, tarea que forma parte del título del presente escrito: una completa reevaluación de su jurisprudencia en torno al tema para hacer gala del famoso adagio que condena al mejor panadero a quemar su pan (Rojas, 2009).

Ahora bien, como lo enmarca Jaime Bermejo, Juan Lamadrid y Oscar Galán en su texto *la Evolución Jurídica de la Responsabilidad del Estado por Actos Terroristas en Colombia*, se manifiesta que la responsabilidad por actos terroristas se puede encasillar dentro de un régimen de responsabilidad objetiva según lo ha detallado la jurisprudencia del Consejo de Estado, a pesar que

la falla del servicio es el título de imputación más común por el cual el Estado es demandado por este tipo de actuaciones (Bermejo et al., 2017).

Respecto del análisis bajo el título de imputación del riesgo excepcional frente a los atentados terroristas, se ha dicho que, en los casos de actividades peligrosas, procede respecto a ataques perpetrados por grupos subversivos contra bienes o instalaciones representativos del Estado en el marco del conflicto armado interno y, específicamente, acantonamientos militares o estaciones de policía o miembros de la fuerza pública sin importar si la fuerza pública repele la agresión. Es necesario que el ataque esté dirigido contra un objetivo de esta índole, pues si tiene un carácter indiscriminado, busca únicamente generar pánico o zozobra entre la población civil y resulta completamente imprevisible e irresistible, no cabe declarar la responsabilidad del Estado con base en este título (Consejo de Estado, exp. 45576, 2017).

En este título, la atribución de responsabilidad no se sustenta en la existencia de una acción u omisión reprochable del Estado, sino en la producción de un daño que, si bien es causado por un tercero, surge por la realización de un riesgo excepcional, creado conscientemente por esta, en cumplimiento de sus funciones. Y es la excepcionalidad del riesgo lo que hace evidente la ruptura del equilibrio frente a las cargas públicas y posibilita el surgimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado (Consejo de Estado, exp. 18472, 2012).

Por ende, el riesgo generado por la presencia de un establecimiento militar o policial en un municipio, dentro del contexto político de un conflicto armado, que se materializa con un ataque

a esas instalaciones y afecte a uno o varios ciudadanos, compromete la responsabilidad estatal por riesgo excepcional.

En contraste, la falla del servicio aplica habitualmente cuando los agentes estatales intervienen en la producción del daño por extralimitación de funciones; retardo, defectuoso cumplimiento o incumplimiento de obligaciones a su cargo; omisión, inactividad o ineficacia de la administración pública, es decir, cualquier irregularidad que ocasione un daño imputable al Estado, por: Falta de cuidado o previsión de los agentes facilitaron la actuación de los grupos armados. La víctima o la persona contra quien iba dirigido el acto solicitó protección a las autoridades y estas la retardaron, omitieron o la prestaron de forma ineficiente. El hecho era previsible, en razón de las especiales condiciones que se vivían en el momento, pero el Estado no realizó ninguna actuación dirigida a evitar o mitigar eficientemente el ataque. La administración omitió adoptar medidas razonables para impedir o atender adecuadamente una situación de riesgo objetivamente creada por ella.

En conclusión, en cada caso en concreto el juez debe analizar las circunstancias particulares que rodearon el incidente que se ventila en sede judicial, con el fin de emplear el título de imputación que se adecue a dichas circunstancias, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, precisando que como se ha manifestado en reiteradas oportunidades, el régimen por excelencia y que debe analizarse preferentemente en los casos de responsabilidad del Estado es el subjetivo.

2. Régimen aplicable por la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de los daños sufridos por quienes prestan servicio en los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado

a. Responsabilidad aplicada a los miembros voluntarios de la Fuerza Pública.

En cuanto al régimen aplicable por los daños sufridos por quienes prestan el servicio policial o militar, cuando se trata de personal que voluntaria o profesionalmente ingresa a los cuerpos o fuerzas de seguridad del Estado, el régimen aplicable varía y se encuadra en la falla del servicio de manera preferente debido a que la conducta haya sido negligente o indiferente, de tal manera que se deja al personal expuesto a una situación de indefensión, premisa que la jurisprudencia ha enmarcado en premisa el concepto de “acto propio” o de “riesgo propio del servicio”. Entonces, la responsabilidad estatal por el daño provocado a quien que se encuentra prestando la actividad militar de manera voluntaria, ha sido examinada por el Consejo de Estado bajo los títulos de imputación de falla del servicio y de riesgo excepcional.

Así, a la luz de estos regímenes de responsabilidad, la jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo ha señalado que cuando el agente que se ha vinculado por su propio albedrío a los cuerpos armados del Estado, sufre un daño en ejercicio de la misión castrense, no se configura la responsabilidad extracontractual de la Administración, a menos que se demuestre con plena prueba, que el daño irrogado obedeció a una falla del servicio, proveniente de la entidad estatal, o bien, a un riesgo excepcional en el cual el lesionado o fallecido hubiese sido puesto, en desventaja o desigualdad frente a sus colegas de tropa.

Ello, por cuanto en tales casos, las contingencias propias de la actividad militar han sido asumidas libremente por el afectado; a diferencia de quienes prestan el servicio militar obligatorio, quienes se sujetan al riesgo por conminación del Estado mismo, en cumplimiento de sus deberes constitucionales. Sobre tales materias, ha esbozado el Consejo de Estado (2007) radicado 15459:

La jurisprudencia de esta Sala ha entendido que la afectación de los derechos a la vida e integridad personal del militar profesional constituye un riesgo propio del servicio que prestan, como es el caso de las lesiones o muerte que se causan, por ejemplo, en combate, emboscadas, ataques de grupos subversivos, desarrollo de operaciones de inteligencia, es decir, en cumplimiento de operaciones o misiones militares. De allí que, cuando ese riesgo se concreta, al Estado no se le puede atribuir responsabilidad alguna, a menos que se demuestre que la lesión o muerte deviene de una falla del servicio o de un riesgo excepcional que indique el sometimiento del afectado a un riesgo mayor que el de sus demás compañeros, con quienes desarrolló la misión encomendada. Así mismo, ha sostenido esta Sección del Consejo de Estado que en aquellos eventos donde no es posible determinar, con certeza, que el daño causado a un miembro de la Fuerzas Militares resulta inherente al riesgo asumido debido a su vinculación voluntaria a dichas instituciones, debe acudir al régimen objetivo bajo el título jurídico de riesgo excepcional, como quiera que se trata de una situación que no corresponde a las condiciones normales de la prestación del servicio. (p.9).

Lo anterior, máxime cuando se puede afirmar que las fuerzas militares y la policía nacional están legitimadas para hacer presencia en todo el territorio nacional y combatir, hasta su

sometimiento o reducción a todos los grupos o movimientos guerrilleros que persistan en la confrontación armada (Ramelli, 2003).

No obstante, se debe recordar que la Constitución de 1991 preserva las bases tradicionales sobre las cuales se estructura la fuerza pública en Colombia, dentro de las constantes históricas que le han dado perfiles propios desde los albores de la república. El articulado constitucional del 86 se perfeccionó, fue matizado de un tinte social y humano, se hizo más preciso en aspectos sustanciales para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional (Valencia, 1993).

En varios pronunciamientos, la alta Corporación ha explicado los alcances de la indemnización a *for fait*, caracterizada por su consagración legal previa en beneficio de los uniformados vinculados de manera voluntaria, quienes asumen un riesgo voluntario de la actividad que despliegan ordinariamente; de allí que, cuando el riesgo y/o daño se concreta, no resulta dable, en principio, atribuirle responsabilidad administrativa al Estado por dicha afectación, salvo que se demuestre que el daño se concretó por una falla en la prestación del servicio o por la materialización de un riesgo excepcional que hubiere padecido el Miembro de la Fuerza Pública, riesgo que debe ser diferente o mayor al que se vieron sometidos los demás compañeros.

Asimismo, de conformidad con la jurisprudencia del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en tratándose de la falla del servicio derivada de ataques terroristas en contra de miembros de la Fuerza Pública, deben establecerse: i) las circunstancias que rodearon la producción del daño cuya reparación se reclama, ii) la previsibilidad de la administración del

hecho dañoso y de las medidas para evitarlo y iii) los medios de los cuales disponían las autoridades para contrarrestarlo. Del mismo modo destacó, que la imputación de responsabilidad de la administración derivada del actuar negligente y descuidado de la entidad demandada respecto del deber a su cargo de brindar protección y seguridad a sus agentes, debe estudiarse bajo el título de falla del servicio (Consejo de Estado, exp. 32014, 2015).

b. Responsabilidad del Estado por daños ocasionados a quienes prestan el servicio militar obligatorio.

Los artículos 216° y 217° de la Constitución Política de Colombia señalan que la Fuerza Pública está integrada por la Policía Nacional y las Fuerzas Militares, siendo estas, el Ejército Nacional de Colombia, la Armada Nacional de Colombia y la Fuerza Aérea Colombiana, estando todos los colombianos obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas. La ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Pues en virtud de esos mandatos, y asumiendo el deber estatal como Estado democrático Social y de Derecho en el cual debe propender por la defensa de los asociados y sus intereses, así como la soberanía del territorio nacional, Colombia cuenta con las Fuerzas Armadas o Fuerza Pública, conformada por la Policía Nacional, El Ejército Nacional, la Armada Nacional y La Fuerza Aérea, quienes son garantes de los derechos de los colombianos por tierra, ríos, mar y aire no solo para garantizar la defensa de la soberanía, la seguridad ciudadana, sino también, para

enfrentar el accionar violento y terrorista de los grupos armados al margen de la ley que operan en el país (López, 2017).

Asimismo, de conformidad con la Ley 48 de 1993 “por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización”, los varones colombianos están obligados a definir su situación militar a partir de la fecha en que cumplan la mayoría de edad, con excepción de los estudiantes de bachillerato, quienes la definirán cuando obtengan el respectivo título (Congreso de la República de Colombia, 1993).

El Consejo de Estado ha diferenciado la vinculación que se crea para el Estado frente a quienes prestan el servicio militar obligatorio y respecto de quienes entran de manera voluntaria (soldados profesionales, infantes de marina profesionales, suboficiales y oficiales) a la Fuerza Pública.

En el primer caso, el vínculo se da por el deber constitucional de defensa de la independencia, de la soberanía nacional y de las instituciones públicas, pero no nace relación de carácter laboral alguna, en el segundo, surge en virtud de una relación legal y reglamentaria consolidada a través del correspondiente acto administrativo de nombramiento y la consiguiente posesión del servidor.

Tratándose de eventos donde se le atribuye al Estado un daño antijurídico causado a una persona que presta el servicio militar obligatorio, la Sección Tercera del Consejo de Estado (2018) radicado 46734 ha sostenido que:

La responsabilidad estatal puede ser de carácter objetiva por medio de títulos como el daño especial cuando el resultado lesivo se produjo como consecuencia del rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas, del riesgo excepcional cuando aquel provino de la realización de actividades peligrosas o de la utilización de artefactos que en su estructura fueren peligrosos o bajo el régimen subjetivo de falla en el servicio cuando la irregularidad administrativa fue la causante del daño. Entendiendo igualmente el Consejo de Estado que, en estos casos, existe una ruptura del principio de igualdad en la asunción de las cargas públicas pues, como ya se dijo, el ingreso a la Fuerza Pública es consecuencia de un mandato constitucional del artículo 216°; por lo que le corresponde al Estado responder por posibles daños que pueda sufrir éste mientras perdure la relación (p. 11).

Las diferencias más notorias respecto de los regímenes objetivos serían, en cuanto al agente que causa el daño, en el daño especial es siempre el Estado, mientras que en el excepcional, podría ser un tercero; en cuanto al tipo de daño, en el daño especial se puede catalogar como daño jurídico, en la medida en que se causa bajo una actuación legal, mientras que en el riesgo excepcional el daño puede ser derivado de un hecho lícito o ilícito en el cual en este último caso habría lugar a falla del servicio (Bedoya, 2008).

Si bien la administración queda obligada a garantizar integridad psicofísica de quienes prestan el servicio militar obligatorio y surge la obligación de reparar los daños si no regresan en similares condiciones a las que tenían cuando ingresaron, lo cierto es que la jurisprudencia ha sido

enfática en indicar que los daños reparables son aquellos que tienen como causa la prestación del servicio.

No obstante, en algunas situaciones podrá operar la causa extraña como causal exonerativa de responsabilidad, situaciones en las cuales, como resulta apenas natural, la acreditación de la eximente deberá fundarse en la demostración de todos y cada uno de los elementos constitutivos de la que en cada caso se alegue: fuerza mayor, hecho exclusivo de la víctima o hecho exclusivo de un tercero, según corresponda.

3. Responsabilidad por la administración de justicia

En Colombia la Constitución Política de 1991 dispuso la autonomía e independencia de los jueces y delegó en la ley desarrollar su reglamento para la consolidación y vigilancia de la carrera judicial. La responsabilidad civil de los funcionarios se juzga como una responsabilidad subjetiva que compromete el patrimonio del servidor público, como ocurre con la responsabilidad fiscal y penal para atender la reparación integral de la víctima. En cuanto a la responsabilidad disciplinaria, la que igualmente es subjetiva, su juzgamiento en materia de servidores judiciales fue delegado exclusivamente en el Consejo Superior de la Judicatura sala Disciplinaria. Sin embargo, los títulos de imputación para declarar la responsabilidad de la administración de justicia están desarrollados en la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia, estos son, el error judicial, el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y la privación injusta de la libertad (Ruiz, 2016).

De manera muy somera es de mencionar que los títulos de imputación que para el objetivo de este trabajo resultan importantes evidenciar, nacen a partir de un enunciado normativo, pues como se dijo la Ley 270 de 1996 que atañe todo lo relacionado a la administración de justicia, en su articulado expuso los sistemas por los que está llamado a responder la administración de justicia, el error judicial aplicado a las providencias judiciales cuando estas controviertan el ordenamiento jurídico por ejemplo, el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia es un título de imputación que no tiene por objeto las providencias judiciales, sino el actuar administrativo de esta rama del poder que cause un daño antijurídico y la privación injusta de la libertad un poco más complejo pero está llamada a configurar responsabilidad cuando producto de la administración de justicia una persona se encuentre privada de su libertad, como sucede con las medidas de aseguramiento que se adoptan en los procesos penales (Congreso de la República de Colombia, 1996).

Este tipo de responsabilidad es el claro ejemplo de que la responsabilidad patrimonial del Estado puede encontrar su fundamento en la ley lo cual para la seguridad jurídica aportaría a todo el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado un desarrollo más fuerte y concreto que resolverían algunas de las problemáticas actuales que enfrenta la jurisdicción.

a. Responsabilidad por privación injusta de la libertad.

La privación preventiva de la libertad, de quien a la postre resulta inocente de un delito, tiene graves repercusiones físicas y psicológicas en la persona que la padece. En efecto, la prisión es un centro de adoctrinamiento hacia la delincuencia y con pocas posibilidades de resocialización,

más aún cuando, quien sufre sus efectos no ha sido condenado por sentencia definitiva, sino que pesa sobre él la restricción del derecho con carácter anticipado, siendo beneficiario del derecho a la presunción de inocencia (Bustos, 1990).

En cuanto a la responsabilidad judicial por privación injusta de la libertad, la sentencia SU-072 de 2018, señaló que en ningún cuerpo normativo se establecía un régimen de responsabilidad específico aplicable a los eventos de privación de la libertad, por lo que correspondía al juez determinar si la privación de la libertad fue apropiada, razonable y/o proporcionada (Corte Constitucional, SU-072, 2018).

Luego de la expedición de esa sentencia de unificación de la Corte Constitucional, referenciada atrás, es necesario evidenciar que el Consejo de Estado ha adoptado diferentes posturas respecto al régimen de responsabilidad a aplicar en los casos de privación injusta de la libertad.

La Subsección A del Consejo de Estado ha señalado que resulta posible aplicar el régimen objetivo de responsabilidad, en lugar del régimen subjetivo, cuando el hecho no existió o la conducta era atípica, pues resulta una privación irrazonable y desproporcionada.

Por su parte, la Subsección B del Consejo de Estado ha establecido una metodología para el estudio de las privaciones injustas de la libertad, señalando que: i) debe identificarse el daño; ii) analizarse la legalidad de la medida de privación de libertad desde una perspectiva subjetiva (falla del servicio); iii) en caso de no probarse la responsabilidad subjetiva, se realiza el análisis desde

el punto de vista objetivo; iv) se verifica a que entidad se imputa el daño antijurídico; v) se realiza el análisis de la culpa de la víctima como exonerante de responsabilidad y vi) en caso de condena se procede a liquidar los perjuicios.

Por su parte, la Subsección C del Consejo de Estado ha considerado que, para el análisis de la antijuridicidad del daño en los juicios de responsabilidad por una privación injusta de la libertad, se exige constatar si la orden de detención y las condiciones bajo las cuales esta se llevó a cabo se apegaron a los cánones legales y constitucionales o no, e igualmente si el término de duración de la medida de restricción fue excesivo, así como si la medida era necesaria, razonable y proporcional.

En la actualidad, este es el panorama jurisprudencial establecido por el Consejo de Estado, dicho panorama denota el cambio significativo que se ha presentado, en el sentido de cambiar de régimen objetivo al subjetivo, pues no ha de olvidarse que anteriormente se preponderaba por un régimen objetivo ante este título de imputación, no obstante, ahora predomina la tesis que indica que para declarar la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad se deberá demostrar en el proceso que la privación fue injusta, arbitraria e innecesaria, lo anterior analizado bajo la falla del servicio.

b. Responsabilidad por error judicial.

La Constitución de 1991, al consagrar la responsabilidad del Estado por “los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades

públicas”, previó una fórmula general de responsabilidad, con fundamento en la cual hay lugar a exigir la responsabilidad extracontractual del Estado por acción u omisión de la Administración de Justicia (Yepes, 2019).

La Ley Estatutaria de Administración de Justicia prevé que el error jurisdiccional se materializa en una providencia judicial contraria a la ley, es decir, aquella decisión que incurre en error de derecho, entendido como la indebida o falta de aplicación de la norma que corresponde al caso concreto o en error de hecho, derivado de la indebida valoración probatoria por no considerar un hecho debidamente probado o no decretar pruebas conducentes para determinarlo (Consejo de Estado, exp. 24841, 2013).

Así, el error de derecho se estructura cuando el juez desborda los principios de autonomía e independencia de interpretación y aplicación de las normas jurídicas y procede a tomar decisiones sin sustento legal, al aplicar disposiciones legales inaplicables al caso o al realizar interpretaciones que contravienen los postulados de rango constitucional o que conducen a resultados desproporcionados.

El error de hecho se configura por acción o por omisión del funcionario judicial en la apreciación y decreto de las pruebas, esto es: i) cuando realiza una valoración caprichosa, arbitraria o por completo equivocada de las pruebas presentadas con total desconocimiento de las reglas de la sana crítica, entre las que se cuentan la lógica y la experiencia; ii) cuando no valora en su integridad el material probatorio o iii) cuando no decreta las pruebas necesarias para la verificación de los hechos o el esclarecimiento de la verdad (Consejo de Estado, exp.51205, 2021).

Sin embargo, en este tipo de asuntos, la sección tercera del Consejo de Estado ha explicado que el examen sobre la antijuridicidad del daño adquiere una significativa relevancia, ya que no basta la simple constatación de una decisión judicial, adversa al demandante, sino que se hace necesario revisar con ocasión del estudio de este primer elemento (el daño) el contenido de la decisión, para efectos de verificar la ocurrencia o no del error que se le imputa, como presupuesto necesario de la antijuridicidad del daño, para solo en caso de que ello se constate, pasar a revisar lo atinente a la imputación del mismo y la consecuente responsabilidad.

En conclusión, respecto del régimen de responsabilidad aplicable a los casos de error jurisdiccional, es dable aclarar que este es un título de atribución de responsabilidad de carácter subjetivo que impone la carga a la parte demandante de indicar en que consiste el aludido error y demostrar, además del error jurisdiccional, el daño y la imputación fáctica y jurídica frente al Estado, ante lo cual, la parte demandada, para eximir su responsabilidad, podrá demostrar la inexistencia del error jurisdiccional, una causa extraña que rompa la imputación o la ausencia de cualquiera de los elementos que componen el juicio de responsabilidad patrimonial.

c. Responsabilidad por defectuoso funcionamiento de la administración judicial.

En lo que refiere a la responsabilidad del Estado por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, se tiene que dicha atribución de responsabilidad concebida en la Ley 270 de 1996 enmarca la responsabilidad derivada de las actuaciones irregulares que se causen al

interior de un proceso judicial, pero que no están inmersas en las providencias (Congreso de la República de Colombia, 1996).

Es decir, dicha atribución de responsabilidad enmarca todas las irregularidades administrativas que sirven de sustento para activar el andamiaje judicial, por lo que demoras injustificadas u omisiones en los deberes a cargo de un despacho judicial que conlleven a la materialización de un daño deberán ser indemnizados de encontrarse probadas a través de dicho régimen de responsabilidad.

Como se puede evidenciar, al ser un régimen de responsabilidad que se sustenta en el actuar irregular del aparato judicial, el título de imputación para imputar la responsabilidad, y a través del cual se debe realizar el análisis de la atribución del daño es el de la falla del servicio, pues no podría analizarse el caso en el marco de un régimen objetivo por las características propias del régimen de responsabilidad creado por el legislador.

4. Responsabilidad derivada de la ejecución de obras públicas

El Consejo de Estado ha establecido que la responsabilidad de las autoridades públicas derivada de la ejecución de obras públicas, debe analizarse bajo el régimen del daño especial, por cuanto las obras imponen a quienes residen, laboran o permanecen en el lugar de influencia de las mismas, un desequilibrio frente a las cargas públicas.

La jurisprudencia ha dicho que estos casos merecen ser gobernados con fundamento en el régimen del daño especial, pues, la lesión se originó en una actividad lícita de la administración, esto es la construcción de una obra pública destinada a la comunidad. En efecto, si el daño tuvo como consecuencia directa una actuación legítima de la administración amparada por normas superiores. Pero, a pesar de la legitimidad de la misma se observa que las demandantes debieron soportar una carga excepcional o un mayor sacrificio que rompió la igualdad frente a las cargas públicas. Sin duda, la lesión de los bienes jurídicamente tutelados es imputable a la administración, pero no porque la responsabilidad de la administración tenga origen en la ilegalidad de algún acto administrativo, o porque se trate de uno de los casos de responsabilidad por falta o falla del servicio, sino porque en casos como este de responsabilidad objetiva excluye el elemento subjetivo (Consejo de Estado, exp. 12212, 2001).

Se precisa dicho fundamento de responsabilidad objetiva establece que el Estado es responsable, aun cuando sea legal su actuación, en la medida en que se cause al administrado un daño superior al que habitualmente deben soportar los demás ciudadanos, lo que conlleva al rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas. Es decir que el Estado deberá responder cuando quiera que una actividad legal ocasione perjuicios que excedan el ámbito que debe soportar cualquier ciudadano (Arias, 2015).

Lo anterior se soporta en la tesis que establece que el régimen jurídico objetivo de responsabilidad sin culpa será siempre aplicable en el entendido de que se parte de una actividad lícita por parte del Estado como lo es la ejecución de una obra pública.

No se puede perder de vista que el desarrollo de una obra pública significa el beneficio de la sociedad, de igual manera la misma se circunscribe al cumplimiento de funciones y una actividad lícita, no obstante, en desarrollo de la misma se puede generar el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas, siendo entonces procedente aplicar el régimen de responsabilidad objetivo por daño especial, donde se debe demostrar para efectos de la responsabilidad del Estado que el daño es en palabras del Consejo de Estado (1997) radicado 10392:

Anormal, excepcional y superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, es decir, que solo unos pocos ciudadanos resultan sacrificados en su patrimonio como contrapartida de que la comunidad obtenga beneficios que le representan un mejoramiento en la calidad y prestación de los servicios. (p.12).

De lo anterior se colige que el daño especial como título de imputación perteneciente a un régimen de responsabilidad objetivo o sin culpa, ha sido elaborado a partir de la concepción de igualdad de las cargas públicas que pesan sobre los administrados, esto implica considerar i) que las cargas ordinarias o normales que se aplican sobre todos los ciudadanos o sectores específicos de ellos deben ser asumidas como un sacrificio o carga ordinaria frente al poder del Estado, pero ii) los sacrificios particulares en que se vea avocada una persona a consecuencia de una acción lícita del Estado corresponde a una situación anormal que amerita ser compensada.

Así las cosas, es claro identificar que siempre que la administración ejecute obras públicas dentro del marco de sus competencias, y ocasione daños a terceros el régimen de responsabilidad será objetivo y podrá ser estudiado a través de la teoría del daño especial, esto siempre y cuando no se evidencie por parte del juzgador alguna falla o falta en la ejecución de dicha obra que amerite que el estudio del caso se realice a través de un régimen de responsabilidad subjetivo.

5. Responsabilidad derivada de la actividad aeronáutica

Con la aviación han surgido diferentes conflictos, tales como establecer cuáles son los criterios y la regulación pertinente para el uso del espacio aéreo para efectos de establecer el ejercicio de la soberanía de cada Estado, además sale a flote la necesidad de establecer criterios y formas de responsabilidad por los daños ocasionados en desarrollo de la actividad (Videla, 1996),

La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado que la conducción de aeronaves, al igual que ocurre con otras actividades tales como la manipulación de armas de fuego, la conducción de energía eléctrica o la conducción de vehículos automotores es considerada, por regla general, una actividad peligrosa, de manera que al demandante le basta acreditar que la actividad peligrosa fue la causa del daño cuya reparación solicita, al paso que la entidad demandada para exonerarse de responsabilidad deberá demostrar la existencia de una causal de exoneración, siempre que las pruebas obrantes en el plenario no evidencien la presencia de una falla en la prestación del servicio, pues, si ello es así, el juez no tendrá otra alternativa que declararla (Consejo de Estado, exp. 20008, 2007).

Ha sido reiterada la tesis de que en aquellos eventos en los que el daño es producido por el ejercicio de actividades peligrosas, el régimen aplicable es de carácter objetivo, porque el factor de imputación se deriva de la realización directa de una actividad que entraña peligro, de tal manera que en esos casos basta con que el actor acredite, primero, la existencia del daño, y segundo, que se ha generado como consecuencia de dicha actividad. En relación con lo anterior, resulta necesario señalar que la responsabilidad se estructura bajo el hecho cierto de que la actividad peligrosa hubiere sido ejercida por cuenta de la entidad demandada (Consejo de Estado, exp.11688, 2000).

Ahora bien, el Consejo de Estado también ha establecido que cuando el daño ha sido producido por actividad de la misma víctima, que a la postre también debe ser considerada como la guarda de la actividad peligrosa, se debe acudir a un régimen subjetivo. En conclusión, el régimen de responsabilidad aplicable a los daños derivados de la conducción de aeronaves ha sido enmarcado por la jurisprudencia del Consejo de Estado en un régimen objetivo, analizado bajo el título de imputación del riesgo excepcional, no obstante hay dos excepciones; la primera cuando la guarda de la actividad riesgosa estaba a cargo de la víctima, pues debe considerarse el riesgo propio del servicio; y la segunda cuando el juzgador encuentre probada una falla en el servicio, ya que de encontrarse una falla en el actuar de la administración así deberá declararse en la sentencia.

Expuesto de manera breve varios títulos de imputación utilizados por la jurisprudencia del Consejo de Estado, se puede evidenciar que para cada caso a tratar en el análisis de la responsabilidad, si bien hay unos lineamientos que enmarcan ciertas actividades al interior de un régimen de respetabilidad según el título de imputación que se ha empleado a lo largo de la historia,

lo cierto es, cada caso debe ser analizado por el juzgador, y en todo caso, siempre será autónomo para decidir emplear uno u otro título de imputación.

Por lo dicho, se considera que es acertada la regla jurisprudencial que se ha establecido de manera uniforme en el Consejo de Estado y por ahora no se debe atar ningún título de imputación a un caso determinado, pues podría determinarse en un cambio abrupto en el sistema jurídico la imposición legal de un título de imputación determinado, además de evidenciar que en la práctica no todos los casos son iguales y por más que puedan existir ciertas características generales o de común denominador para alguna de ellas, el juez es quien debe analizar cada caso y establecer el régimen sobre el cual se debe estudiar. Por lo tanto y en razón al tema de estudio la regulación legal de la responsabilidad, y teniendo lo novedosa que es en este tópico, debería iniciar con temas más marcados y preestablecidos por la jurisprudencia.

C. El derecho convencional en la responsabilidad extracontractual del Estado

En palabras del profesor Enrique Gil Botero, en los últimos años, el fundamento normativo de la responsabilidad del Estado ha trascendido más allá de los textos constitucionales, para abrirle espacio a los tratados internacionales en materia de derechos humanos de obligatorio cumplimiento para el país. Es así como el concepto de Constitución ya no se reduce únicamente a las disposiciones contenidas en ella sino trasciende a las normas de carácter supranacional, que en nuestro caso se articulan mediante el mandato contenido en el artículo 93° de la Constitución Política, el cual refiere al bloque de constitucionalidad. (Gil, 2017).

En materia de responsabilidad ello significa que el papel del juez ya no debe solo versar solo sobre la interpretación de normas constitucionales y legales internas, sino que debe integrar de manera armónica los tratados y convenios suscritos por Colombia, lo cual toma una importante relevancia al estudiar casos en los que se evalúe la responsabilidad del Estado sobre graves violaciones a los derechos humanos o se involucren la posible comisión de crímenes de lesa humanidad.

Las normas de derecho internacional se han referido en algunos momentos al deber de los Estados de indemnizar a las personas que se han visto afectadas en sus derechos, de allí que sea necesario recordar que dichas normas internacionales siempre dejan a discreción del legislador del Estado parte la indemnización que corresponda, claro está dentro de los lineamientos que se han establecido por ejemplo por los tribunales regionales, pero ese es el punto central de discusión, como el ordenamiento internacional prevé que para el caso de indemnizaciones por parte del Estado, dichas reparaciones están sujetas a la ley.

A manera de ejemplo, en lo que refiere a la responsabilidad del Estado y la aplicación del control de convencionalidad por parte de la Sección Tercera del Consejo de Estado, se puede ilustrar la sentencia del 21 de noviembre de 2013, que declaró la responsabilidad de la Nación – Ministerio de Defensa- Ejército Nacional por la desaparición de 13 comerciantes, al desconocer su posición de garante frente a dichos ciudadanos y por ende no emplear actuaciones con el fin de otorgar una protección real y material (Consejo de Estado, exp. 29764, 2013).

La sentencia a la letra expresó:

En ese orden, comoquiera que la jurisdicción interna, en ejercicio de la administración de justicia, está llamada a actuar como juez interamericano a nivel nacional en los casos de graves violaciones a derechos humanos, esta Sala ejercerá un control de convencionalidad a la conducta omisiva del Estado en el presente caso y determinará si se quebrantó normas internacionales de derechos humanos. Es ese orden, se advierte que la omisión del Estado Colombiano configuró un desconocimiento de la posición de garante frente a los derechos de las víctimas de la desaparición forzada, pues se encontraba en el rol de reforzar la protección de los afectados, la cual no llevó a cabo, lo que significó la violación de los contenidos obligacionales del artículo 1.1° de la Convención Americana de Derechos Humanos; así como también de los dispuesto en el artículo 1° de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas, reiterando con ello un reproche a este actuar negativo y permitiendo así una imputación del daño antijurídico. (p. 59).

Ahora, en referente al estudio de responsabilidad por regímenes distintos, se tiene que el Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14°, que hace referencia a los derechos frente a las cortes o tribunales internos, prevé en su numeral 6° que Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966).

Por tanto, se evidencia como el mencionado pacto hace referencia a la indemnización producto del error judicial, que como se ha manifestado en el presente trabajo hace parte de la responsabilidad derivada de la administración de justicia, que curiosamente es de los pocos tópicos en materia de responsabilidad estatal que está legislado a través de la Ley 270 de 1996, pero a su vez no ha determinado por dicho instrumento la manera en que se va a indemnizar a la víctima de dichos presupuestos, por lo que cobra de nuevo vital importancia lo referenciado en la categoría de sentencias de unificación y precedentes.

Ahora bien, la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 10° dispone que toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial, entonces igualmente se establece la obligación al Estado de indemnizar cuando se encuentre probado el error judicial que igualmente señalaba el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, lo cual reafirma la teoría de que no es extraño que se propenda por una regulación normativa a un tópico cuyo desarrollo ha sido jurisprudencial (Conferencia Interamericana Especializada sobre derechos Humanos, 1978; Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966).

Por lo tanto, en virtud de obligaciones internacionales que ha suscrito el Estado Colombiano se encuentran las referentes a la indemnización producto del error judicial, que si bien han tenido un poco de desarrollo legal en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, no en lo referente a su indemnización, por lo cual resulta atractivo evidenciar que la necesidad de la reglamentación por lo menos en este primer punto como lo es el tope de indemnizaciones producto

de una condena de responsabilidad en virtud de preceptos internacionales que son igualmente vinculantes.

Estos dos casos expuestos a manera de ejemplo, denotan como la responsabilidad del Estado se ha enmarcado en un juicio de imputación no solo respecto a las nociones del concepto de responsabilidad interno, sino también internacional, buscando propugnar por la efectividad de los derechos de las personas, reconocidos a través de instrumentos internacionales, situación que igualmente tiene relación con el sentido de evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado a lo largo del tiempo, pues inclusive ha sido considerado por la doctrina como eje de la jurisprudencia una creación de responsabilidad antropocéntrica y garantista.

Lo anterior tiene sentido si se precisa que el Consejo de Estado en su gran labor pretoriana, al ir desarrollando las bases sobre las cuales ha de declararse la responsabilidad del Estado, ha utilizado grandes herramientas para ello de carácter supranacional, como fallos dictados por cortes internacionales del viejo continente, que a su vez ha reconocido en sus decisiones los derechos de las personas ante las entidades estatales, evidenciando así las conquistas jurídicas logradas frente al dogma de la irresponsabilidad del Estado que propugnaba en tiempos anteriores.

Precisado lo anterior, no cabe duda que el derecho internacional de los derechos humanos y particularmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, establecen mandatos generosos al Estado colombiano en materia de responsabilidad, por lo que la intervención legislativa en dicho ámbito puede verse reducida, pues el hecho de limitar la responsabilidad a través del derecho interno en principio desconocería los principios de responsabilidad del sistema.

Dicho tema será analizado en el capítulo posterior donde se aterrice el tema a la problemática colombiana y se establezcan las tesis que podrán presentarse a manera de conclusión en el presente trabajo, sin embargo, hay que recordar que existe siempre cierta autonomía de configuración legislativa interna por parte del Estado, situación que claro, debe ser adoptada conforme los lineamientos constitucionales y convencionales que ello implica, pero que no desconoce la posibilidad de reglamentación que está dada al poder legislativo y que es el objeto de análisis en este momento.

CAPITULO 2

La responsabilidad extracontractual del Estado: Una deuda pendiente del legislador colombiano

La libre configuración legislativa es una prerrogativa del Estado social de derecho que propugna por la materialización democrática atribuida a las corporaciones competentes para ello según el modelo de Estado, para regular y establecer los límites a los derechos de las personas, no obstante, dicha forma se haya creado bajo el modelo de Estado de derecho y bajo la premisa de soberanía nacional. Dicha libertad legislativa tampoco es absoluta y debe siempre ceñirse a los valores y principios establecidos en la Constitución, tales como, la dignidad humana, la solidaridad, la prevalencia del interés general, la justicia, la igualdad y el orden justo.

El Legislador no posee entonces una potestad absoluta, ni arbitraria, sino que, en su ejercicio, para elegir, concebir y desarrollar la ley con la que regula las distintas materias a su cargo debe someterse a los límites que impone la Carta. Para los efectos de garantizar el respeto a tales límites amplios de la potestad legislativa, la jurisprudencia ha decantado una serie de criterios. En la sentencia C-227 de 2009 así se recogieron: i) que atienda los principios y fines del Estado tales como la justicia y la igualdad entre otros; ii) que vele por la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos que en el caso procesal puede implicar derechos como el debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia, iii) que obre conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la definición de las formas y iv) que permita la realización material de los derechos y del principio de la primacía del derecho sustancial sobre las formas (Corte Constitucional, sentencia C-227, 2009).

Así entonces, el elemento común que encuentra la doctrina constitucional se relaciona con la sujeción del legislador a la Constitución, ya que el legislador no puede desbordarla y está subordinado a ella porque la Constitución es norma de normas. Ahora bien, en función del

pluralismo y la participación democrática, el legislador puede tomar diversas alternativas dentro del marco de dicho precepto fundamental. Concretamente la doctrina ha definido estos supuestos como la libertad de formación democrática de la voluntad o la libertad de configuración política del legislador, según la cual corresponde al Congreso adoptar libremente, pero dentro de los marcos de la Constitución, diferentes políticas y definiciones legislativas que expresen la visión de las distintas mayorías que se expresan democráticamente en esa instancia (Peláez, 2015).

Para sintetizar, la libertad de configuración legislativa corresponde al albedrío que tiene el poder legislativo para emitir o abstenerse de emitir normas, facultad otorgada desde la Constitución Política, en el caso de que se decida regular una de las materias a su cargo no solo los imperativos de orden nacional sino también internacional deberán ser tenidos en cuenta.

Cabe resaltar, en su momento cuando el Constituyente se refirió al artículo 90° constitucional, columna vertebral de la responsabilidad, expuso que en el futuro, cabía perfectamente la posibilidad de extender el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado a aquella que se deriva de los yerros de la administración de justicia y eventualmente en un futuro, también la responsabilidad que pueda derivarse de la función legislativa, en suma, se dijo que la instauración concreta de una y otra quedaría en manos de la ley y la jurisprudencia (Presidencia de la República de Colombia, 1991).

Es así, que no se puede olvidar que si bien, se ha demostrado con el presente trabajo el gran vacío legal sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, ello no significa que sea total, pues tal como lo advirtió el Constituyente en su momento, posteriormente se podrían reglamentar

regímenes de responsabilidad a través de la ley, como en efecto sucedió, y se materializó en la Ley 270 de 1996.

La Ley 270 de 1996 estatutaria de administración de justicia, si bien reguló lo concerniente a dicho derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, reguló materialmente la responsabilidad del Estado, al incluir nuevos regímenes o supuestos sobre los cuales el Estado colombiano deberá responder, claro en lo relacionado con la rama judicial del poder público (Congreso de la República de Colombia, 1996).

En dicha norma se estableció la responsabilidad del Estado por tres supuestos a saber, la privación injusta de la libertad, el error judicial y el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, lo anterior, clave para advertir un modelo de responsabilidad que surge tal y como la concibe la Constitución, y la reglamenta bajo una ley de la República, situación que ha pasado inadvertida por algunos doctrinantes que consideran que la responsabilidad siempre ha sido un reconocimiento basado en la labor pretoriana de las cortes de nuestro país.

Cabe identificar esta fórmula legislativa e identificar como se adecua a los preceptos constitucionales de responsabilidad patrimonial del Estado. El capítulo VI de la Ley 270 de 1996 establece la responsabilidad del Estado y de los funcionarios y empleados judiciales, para ello conservó la misma cláusula del artículo 90° Constitucional y adicionó la responsabilidad derivada de la administración de justicia, así:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales. En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad. (art.65).

De igual manera, la Ley 270 de 1996 desarrolló cada uno de estos regímenes de responsabilidad, identificando que la privación injusta de la libertad se da cuando:

Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios; por error judicial como: el cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley; y el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia como el derecho de: quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación. (art. 66, 68 y 69).

Lo anterior es de suma importancia para, a manera de ejemplo, visualizar como una ley reglamentó la responsabilidad extracontractual del Estado en lo referente a la función judicial, no obstante, para desarrollar más cada uno de esos presupuestos la jurisprudencia como siempre es la herramienta privilegiada por el juez para resolver los casos que se presenten bajo dichos regímenes de responsabilidad, pero ello claramente ejemplifica el desarrollo completo de un marco jurídico de responsabilidad, que tienen como fuente la Constitución, desarrollado a través de una ley, cuya jurisprudencia ha interpretado en los casos que se estudien bajo este sistema.

A. *Civil law* el derecho legislado en Colombia y el sistema de precedentes: Un sistema jurídico híbrido en Colombia

La expresión “Sistemas de derecho” se debe al Profesor francés René David, quien la elaboró con el fin de comparar los derechos entre distintos Estados. Consciente de que el número de Derechos existentes en el mundo era infinito, observó sin embargo este Profesor, que muchos de ellos podían ser reagrupados de acuerdo con criterios tales como la técnica legislativa empleada, la manera de clasificar las reglas y los modos de razonamiento empleados por los intérpretes. A cada grupo encontrado dio, en principio, el nombre de “Familias de derecho”, tal y como podría hacerse en otras ciencias (Martínez, 2011).

Un Sistema de derecho, en consecuencia, denota que, a pesar de la pluralidad de Derechos, comparados los unos con los otros, se deduce de ellos la existencia de un vocabulario común, de grupos de normas que conciernen ciertas categorías, la utilización de ciertas técnicas para formular dichas reglas y ciertos métodos para interpretarlas, lo cual determina el modo de aplicar estas reglas y la función misma del Derecho (René. 2002).

En la actualidad existen varios sistemas de derecho, pero para el efecto del presente trabajo de investigación cabe resaltar los dos sistemas más grandes en atención a su aplicación geográfica en el mundo, como lo es el *civil law* y el *common law*.

Los países que hacen parte de la *Common law* son Inglaterra, Irlanda, Gales, y las colonias del Reino Unido, los Estados Unidos, con excepción del Estado de Luisiana que se inscribe dentro de la tradición continental; Canadá, con excepción de Quebec, que también forma parte del Sistema continental; India, Malasia, Singapur, Australia, Nueva Zelanda y Sudáfrica. Debido a que Inglaterra no fue influenciada por esta recepción tardía de la cultura jurídica romana que se vivió en el continente europeo durante la Edad Media, ya que desde fines del siglo XIII se aplicaba un sistema de derecho creado por los nativos de la isla, cuyos métodos, paradójicamente, se parecían más a los del Derecho romano clásico, y se apartaban completamente de los desarrollados en el continente. La regla de derecho en este Sistema, es aquella que busca solucionar un problema particular, y no formular una regla de conducta abstracta y general para el futuro (Martínez, 2011).

En esta segunda categoría que ahora se presenta se busca identificar las bases sobre las cuales está fundada la teoría del derecho en Colombia, que se considera particularmente importante mencionar en este momento, pues teniendo en cuenta el problema jurídico que se ha planteado con este proyecto de tesis, que implica de contera analizar la plausibilidad de disponer de una reglamentación de un tema en específico que a lo largo de su desarrollo en la cultura jurídica colombiana no se ha abierto de una manera general o constante a dicho tópico.

Colombia tradicionalmente ha hecho parte del Sistema continental, tal y como sucede con todos los países cuyas ciencias jurídicas están formadas sobre la base del Derecho romano. Ahora bien, durante los últimos años, cierta parte de la doctrina colombiana discute la pertenencia del régimen colombiano a dicho Sistema, así como la subsistencia del mismo en razón al poder creador

de derecho que parece atribuírsele cada día con más fuerza a los jueces, en particular a la Corte Constitucional (Martínez, 2011).

De esta manera, en Derecho comparado, los Sistemas de derecho ayudan a desarrollar investigaciones históricas o filosóficas del derecho; mejorar el conocimiento del derecho nacional, y, en materia internacional, los Sistemas son útiles para comprender mejor los pueblos extranjeros y aplicar un régimen adecuado en las relaciones entre Estados, y es una noción indispensable para toda tentativa de unificación del derecho (Watson, 1993).

Con ocasión de lo anterior, en Colombia varios doctrinantes han establecido que si bien el país ha adoptado desde sus inicios en la práctica jurídica un sistema legislado o codificado, adoptado del sistema romano – germánico; a partir de la aplicación del precedente judicial, que es propio de los sistemas anglosajones, se está generando un nuevo derecho, que se enfoca más en la interpretación que los jueces le dan al derecho, por lo que la jurisprudencia ha sido exaltada y pasa de un mero criterio auxiliar de interpretación, como lo establece la Constitución Política, a una de las fuentes más ricas para sustentar las providencias judiciales que aplican el precedente en sus casos concretos.

Lo anterior tiene vital importancia, pues, el sistema jurídico empleado es una columna vertebral que va a servir de base para el desarrollo jurídico del país que lo adopte, idea que resulta relevante en el presente trabajo, que de alguna manera pone en evidencia un tópico y el desarrollo legal y jurisprudencial del mismo.

A manera de recuerdo histórico, se recuerda que los orígenes del derecho legislado se remontan a Francia, cuando una vez derrotada la monarquía y producto del nuevo modelo de Estado que se planteaba la sociedad en aquel entonces, se adoptó el sistema jurídico codificado, con el fin de determinar concretamente las leyes que han de ser impartidas por los jueces.

Vale la pena recordar que en Colombia existe una dualidad de jurisdicciones, en tanto existe la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, dichos sistemas son una copia del sistema francés, que como se evidenció anteriormente, al caer la monarquía decidió incorporar unos nuevos jueces que se encargaran de revisar las actuaciones del poder ejecutivo, lo anterior debido a la profunda desconfianza en los antiguos juzgadores que eran proporcionados por el modelo político derrotado. Esto tiene relevancia, porque denota los orígenes de la Jurisdicción que nos ocupa, el porqué de su creación y las bases sobre las cuales se fue desarrollando en un sistema jurídico basado en normas escritas recopiladas en códigos, siguiendo la tradición romano – germánica.

Este tipo de derecho legislado adoptado en Francia tenía por objeto que el derecho fuera aplicado de manera uniforme a todos los ciudadanos, por lo que la idea de esta codificación fue plasmada en primer lugar por el código de Napoleón, código civil que derogó las costumbres y ordenanzas reales, haciéndose impartir sus preceptos en los territorios conquistados por Napoleón.

Para Losano este código tuvo grandes logros de la revolución como el derecho de todas las personas a tener propiedad privada, la completa abolición de las servidumbres feudales, la

completa secularización del matrimonio, la prohibición de las sustituciones fideicomisarias son, en efecto, claros ejemplos de esto (Losano, 2021).

Después de la derrota de Napoleón, las discusiones para mantener o no la vigencia de este código no se hicieron esperar. En Alemania, en particular, una escuela histórica del derecho, liderada por el muy bien conocido romanista Savigny consideraba que el derecho del pueblo alemán era el derecho del pueblo romano y no el Código Napoleón. La idea de Savigny, preponderó y un grupo de pandectistas bajo la dirección de René Windscheid elaboró un Código Civil en 1896 que entró en vigor el 1 de enero de 1900, denominado el BGB. Las diferencias en la técnica legislativa de estos dos códigos, el francés de una parte y alemán del otro, consisten en que si para el primero debía el código enunciar grandes máximas abstractas a las cuales el comportamiento de la sociedad tuviera que adoptarse y, en consecuencia, debía utilizarse un lenguaje claro y práctico; para el BGB era necesario adoptar conceptos abstractos (Martínez, 2011).

Posteriormente, en vista de un desarrollo normativo de los países que habían adoptado tanto el código de Napoleón como el código alemán, se dejó la tarea de crear nuevas leyes a ciertos sabios como Andrés Bello y Dalmavio Vélez Sársfield. El Código de Bello ha regido en Colombia sin interrupción desde 1873 hasta la fecha. Para redactarlo, este humanista de origen venezolano trabajó desde 1831 hasta 1855 en su elaboración utilizando varias fuentes como el Derecho español, los Códigos civiles de Francia, Prusia, Luisiana, de las Dos Sicilias, de Holanda y el Proyecto de Goyena para España (Martínez, 2011).

Habiendo realizado un recuento histórico de la adopción del *civil law* por parte de Colombia y como se produjo su creación en la sociedad, retomando la discusión enunciada líneas atrás, la cual disponía que si bien Colombia adoptó un sistema normativo basado en la norma escrita y recopilada en códigos, se ha transformado su derecho debido a la introducción del precedente judicial, el cual fue adoptado desde sus inicios por la Corte Constitucional y es una herramienta pilar en la construcción del derecho nacional. Tanto así, que en la actualidad existen mecanismos procesales que velan por el acatamiento del precedente judicial como lo es en el caso de la Jurisdicción Contencioso Administrativa las sentencias de unificación y su recurso extraordinario.

Para desarrollar esta discusión, se reconoce la conclusión a la que llegó Betty Martínez Cárdenas en su artículo, “Nueva perspectiva del sistema de derecho continental en Colombia”, que ha servido de sustento a este capítulo del trabajo de investigación y particularmente en la síntesis del breve resumen del derecho continental en nuestro país (Martínez, 2011).

La conclusión plasmada por Martínez no es otra que, la concepción de “derecho nuevo” que defiende una parte de la doctrina colombiana no tiene en cuenta para su desarrollo sino las reglas que la Constitución previó para la interpretación de los fallos proferidos por la Corte Constitucional. Estas “reglas” no tienen en consideración la técnica legislativa y los métodos de interpretación de todo el conjunto que conforma el Derecho colombiano. Por tal motivo, el futuro del Sistema continental, particularmente en Colombia, no depende de la tendencia que en los últimos años se haya tenido hacia la “constitucionalización” de las distintas ramas del Derecho que lo conforman, toda vez que por este nombre se reconoce en la actualidad un fenómeno que ha

pervivido con el Sistema desde el principio, y que no consiste sino en la confirmación del mismo: la aplicación de una regla escrita de derecho (Martínez, 2011).

La parte final de la conclusión a la que llega la autora es clave para el punto de vista que se quiere resaltar en el presente trabajo, pues no se puede desconocer que en nuestro país, si bien se ha adoptado un desarrollo jurisprudencial bastante fuerte, la base de esas decisiones judiciales obedece a la aplicación de una regla escrita de derecho, la cual puede ser sistematizada según su importancia como es explicado brevemente en teoría de jerarquización de las normas de Kelsen, pero sin desconocer que la norma escrita está, y es a partir de ella que se realizan varios métodos de interpretación que son plasmados en sub reglas de interpretación inmersas en el contenido de una decisión judicial, que evidentemente será el precedente para casos similares.

Entonces, sobre la responsabilidad del Estado como tema objeto de estudio hay que precisar que la misma, como se pudo evidenciar en la categoría mencionada anteriormente, ha surgido como una responsabilidad paralela o basada en la responsabilidad civil, por lo que en un primer lugar las normas que rodeaban el ordenamiento jurídico civil eran las normas que por analogía se aplicaban a los casos de responsabilidad pública, que posteriormente como se ha visto en el análisis de la jurisprudencia nacional, poco a poco se fue separando de dichos criterios y se adquirieron nuevas teorías que diferenciaban lo civil de lo público, hasta llegar a nuestros días donde es claro las grandes diferencias en materia de responsabilidad debido a las particularidades que rodean a lo público.

Hasta aquí no hay problema, pues la responsabilidad de los agentes estatales ha acrecentado sus teorías y se ha sostenido en ellas durante largos periodos de tiempo gracias al papel del juez administrativo, que ha sido un papel de vital importancia en su desarrollo, ahora bien, dicho tópico se asemeja a una teoría de derecho basado en el sistema de precedentes propio del *common law* y las bases de nuestro sistema jurídico están basadas en la norma escrita y codificada, propio del derecho romano-germánico o del *civil law*, por lo que se hace imperioso ahondar en nuestro sistema jurídico y exponerlo históricamente de una manera breve.

Según el profesor Diego Eduardo López Medina, el formalismo jurídico en Colombia se ha ido construyendo lentamente a lo largo de los siglos XIX y XX, explica que este formalismo jurídico está formado por una mezcla de tres trasplantes iusteoricos distinguibles, en primer lugar, por la recepción en nuestro ordenamiento del código civil de Napoleón y una tecnología formalista de lectura del mismo predominante en el siglo XIX llamada o bautizada como la escuela de la exegesis. En segundo lugar por una teoría de métodos romanistas y privatistas alemanes que fueron trasplantadas primero a Francia y posteriormente fueron adoptadas por la teoría nacional, dicha teoría consiste en una comprensión dogmática del derecho basada en el formalismo de principios o de conceptos. Y finalmente la asimilación de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen, que para el profesor López constituyen la formación del clasismo jurídico o formalismo jurídico en nuestro país (López, 2006).

Así las cosas, en un primer lugar se puede distinguir como base en nuestros principios de teoría jurídica como nuestro sistema adoptó a la norma como el pilar fundamental del ordenamiento jurídico, que si bien sobre ella se han construido teorías importantes sobre su

interpretación y sobre la cual se puede hacer un recuento histórico del desarrollo de la misma, hasta llegar a teorías más modernas con las cuales se puede evidenciar grandes aportes de las teorías de los precedentes propios del *common law*, lo cierto es que nuestro sistema jurídico adopta la norma legal como el sustento de nuestro ordenamiento jurídico.

Lo anterior no quiere decir que sea la única fuente de derecho o la de mayor importancia, pero si es necesario reconocer que la ley es un elemento virtuoso sobre las cuales se funda el ordenamiento jurídico, por lo que es necesario precisar y como se ha venido manifestado a lo largo de este trabajo en lo que atañe específicamente a nuestro objeto de estudio la responsabilidad del Estado, el desarrollo de la misma obedece directamente a un desarrollo jurisprudencial de nuestro artículo 90° constitucional, por lo que ahora se empieza a vislumbrar el problema que se ha planteado y es; ¿la ley como instrumento normativo por excelencia no podría reglamentar directamente algunos temas de responsabilidad derivados de los mandatos constitucionales establecidos sobre la misma?

Para abordar este problema planteado se puede establecer que al no existir una ley general sobre la materia, entendiéndose que no es una falta absoluta sobre la misma como se puede evidenciar con la Ley 270 de 1996, la jurisprudencia juega un papel importante y sobre todo la teoría de los precedentes, ya que al no existir una ley uniforme que delimite el actuar de los jueces, la vinculación de los precedentes ha sido la piedra angular sobre la que actualmente se basa la responsabilidad del Estado.

Expresado lo anterior, se puede concluir que en nuestro sistema jurídico la jurisprudencia ha sido catalogada como criterio auxiliar de interpretación y los jueces en el ejercicio de sus funciones solo están sometidos al imperio de la ley teniendo en cuenta el artículo 230° de la Constitución Política. Entonces en cuanto a la jurisprudencia, si bien en la carta de 1991 no se le dio el protagonismo que ahora posee, como es que ha sido posible fundar un tema completo como lo es el que nos ocupa, basado en decisiones judiciales, si nuestra misma Constitución ha establecido que los jueces solo están sometidos al imperio de la ley (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

En oposición a las anteriores tradiciones se encuentran las de corte angloamericanas o sistemas del *common law*, en las que las manifestaciones judiciales han sido catalogadas como fuente principal y su obligatoriedad, por regla general, no se pone en entredicho. Tradiciones más arraigadas entre los países que tuvieron una vinculación colonial inglesa (García, 2004).

No es posible hacer una separación tajante que permita catalogar el sistema jurídico de un Estado como un sistema de tradición pura, por tanto, de fuentes de una u otra familia. En consonancia con esta precisión, para el caso de Colombia existe una proximidad histórico - cultural hacia las familias del *civil law*. No obstante, a partir de la Constitución de 1991, a pesar de tener una fuerte vocación legalista, ha incorporado, vía actuaciones jurisprudenciales y a través de la doctrina, elementos propios del *common law*, como sucede con el referido a la institución del precedente judicial.

Para resolver el anterior interrogante es necesario precisar que, en el desarrollo de nuestra teoría jurídica, han existido varios problemas en la práctica, dificultades que han sido avizorados desde épocas anteriores como en la que referimos al formalismo jurídico, consistentes en la falta de uniformidad en las interpretaciones de la ley por parte de los jueces, por lo que la jurisprudencia era ese punto de consenso para que se lograra una interpretación uniforme a casos concretos.

Después de realizado un recuento de las bases sobre las que se han fundado los pilares del ordenamiento jurídico colombiano, se debe igualmente precisar que ha tenido sus variables con el paso del tiempo, inclusive al punto de buscar la concepción de un nuevo derecho, pues con el desarrollo de la jurisprudencia constitucional a partir de 1991, una parte de la doctrina colombiana plantea la necesidad de cambiar la naturaleza del Sistema jurídico colombiano, tradicionalmente de estirpe continental, a otra "mixta", con el fin de establecer entre nosotros el "Nuevo derecho". ¿Es esta necesidad realmente cierta? El estudio de la naturaleza del derecho colombiano a través de la técnica del derecho comparado demuestra, por el contrario, que no es simplemente el rol que se le atribuye a la jurisprudencia el que puede per se cambiar la naturaleza del Sistema, ya que, primero, por sus orígenes y principios generales se confirma el carácter romano-germánico del Derecho colombiano, y, segundo, que dentro de este Sistema, el Continental, la jurisprudencia tiene un rol mucho más importante que crear el derecho: el interpretarlo y actualizarlo (Martínez, 2011).

Analizado el sistema jurídico primario que se estableció en Colombia, es necesario examinar la figura del precedente. El precedente judicial es una técnica importada de los sistemas jurídicos propios del *common law*, que consiste en el carácter vinculante y obligatorio que tienen

las decisiones proferidos por el tribunal de cierre frente a un caso determinado y los casos futuros que compartan en esencia los mismos presupuestos fácticos y jurídicos, por lo que el precedente es una respuesta a las vacíos legales o interpretaciones distintas por parte de los operadores judiciales.

La figura del precedente en Colombia ha ido evolucionando, los primeros acercamientos a esta figura se produjeron en la Ley 153 de 1887, al darle un valor indicativo a la jurisprudencia siempre que ella se transformara en doctrina legal, para ello se necesitaban tres sentencias uniformes de la Corte Suprema de Justicia, como tribunal de casación sobre un mismo punto de derecho. Por otra parte, el artículo 4° del Código Civil y el artículo 8° de la ley 153 de 1887 hacen mención de la doctrina constitucional, dándole fuerza integradora e interpretativa solo en los casos que se presentaran lagunas o ambigüedades. (López, 2006)

El artículo 4° de la Ley 169 de 1896 establecía que tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores (Congreso de la República de Colombia, 1896).

Según Carlos Ignacio Jaramillo (2012):

La nueva norma abogaba porque los sentenciadores sigan en sus providencias la línea establecida por las cortes, según el caso, más por razones de convicción persuasión y

autoridad que otra cosa, lo que se acompasa, además, con el carácter unificador al que hemos aludido en otras ocasiones, el que se vería seriamente desdibujado si se insiste en la referida calidad de auxiliar. (p. 234).

La doctrina probable, fue entonces el fundamento normativo que permitía la obligatoriedad de interpretación en un sentido, dado por la Corte Suprema de Justicia, instrumento que servía con el fin de adoptar decisiones judiciales uniformes a casos similares a los que ya había sido resueltos, según las características establecidas por la norma.

No obstante, dicho panorama solo se mantuvo hasta la promulgación de la Constitución Política de 1991, la idea de la supremacía constitucional y la aplicación directa de la Constitución, obligó a jueces de todos los niveles a lidiar directamente con el texto constitucional. Esta nueva orientación produjo, como es evidente, un aumento muy notorio en la constitucionalización del derecho colombiano (López, 2006).

El artículo 230° de la Constitución Política de Colombia de 1991, consagra: “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”. De esta manera, la Asamblea Nacional Constituyente estableció el sistema de fuentes, conforme a la tradición Romano Germánica estudiada anteriormente (Asamblea Nacional Constituyente, artículo 230°, 1991).

Si se parte de una interpretación literal o semántica del texto constitucional, la única fuente formal del derecho que vincularía a los jueces sería la ley. Sin embargo, se debe hacer una interpretación junto con el artículo 4° de la Constitución donde se establece que la Constitución como ley superior procesa y regula las formas y métodos de producción de las normas que integran el ordenamiento y es por ello “fuente de fuentes”. (Tamayo Jaramillo & Jaramillo, 2012: Corte Constitucional, SU-640, 1998).

Según lo establecido en el mencionado artículo 230° constitucional, se puede afirmar que lo que se persigue con la expresión: “Los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”, es asegurar la autonomía de los jueces al momento de resolver los casos de su competencia. Garantizando la independencia externa e interna de los funcionarios judiciales frente a los otros poderes públicos y al interior de la misma rama (Bernal, 2003).

Al revisar las sentencias de la Corte Constitucional y la doctrina que desarrolla el tema del precedente en el derecho colombiano, sin lugar a dudas señalan que la sentencia C-836 de 2001 es un verdadero hito para el derecho colombiano en tanto traduce el precedente judicial en nuestro sistema de fuentes de derecho, sin restringirlo ya a la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Contreras, 2011).

En la sentencia C-836 de 2001, se analiza también el tema del precedente horizontal, al decir la Corte Constitucional:

El problema jurídico planteado se relaciona directamente con el valor constitucional de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en la jurisdicción ordinaria: En primer lugar, para las decisiones de los jueces ordinarios inferiores – llamado “precedente vertical”- y en segundo, para las futuras decisiones de esa misma Corporación – precedente horizontal. En particular, el problema se relaciona con las condiciones en que, tanto los jueces inferiores, como la misma Corte, pueden apartarse de las decisiones de ésta, en virtud de la función uniformadora de la jurisprudencia que tiene el recurso extraordinario de casación. (p. 19).

Entonces, se demuestra como desde la entrada en vigencia de la carta de 1991, la Corte Constitucional a través de sus sentencias fue posicionando el poder del precedente en el ordenamiento jurídico colombiano, hasta tal punto que el precedente hoy día se torna de vital importancia en las decisiones de los jueces y particularmente en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en donde a partir de la expedición de la Ley 1437 de 2011, nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, se exalta el valor del precedente y se prioriza la obligatoriedad del seguimiento de las sentencias de unificación que expida el Consejo de Estado (Congreso de la República de Colombia, 2011).

Los artículos 10°, 102° y 269° de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia C-634 de 2011 de la Corte Constitucional consolidan en lo contencioso administrativo la fuerza vinculante de las sentencias de unificación del Consejo de Estado y de las sentencias interpretativas de la Corte Constitucional. Si bien el cumplimiento del precedente no resulta una novedad para los jueces de la República, que de tiempo atrás se ven atados al mismo ya que mediante su aplicación se viabiliza

la efectividad de los derechos de las personas, lo que resulta novedoso es el instrumento tendiente a perseguir su efectivo cumplimiento ya que, mediante un trámite sumario, el Consejo de Estado puede ordenar la extensión de una sentencia de unificación de la misma Corporación a un caso concreto (Arias, 2012).

En la Sentencia C-816 de 2011 la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del artículo 102° de la Ley 1437 de 2011, al indicar que las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional. (Corte Constitucional, C-816, 2011).

En Colombia antes de 1991, las sentencias judiciales eran manifestaciones aisladas de un poder judicial que resolvía problemas concretos entre individuos. Lo cual parece equilibrarse con la expedición de la Constitución actual y el protagonismo de la Corte Constitucional y de los jueces en general, en la protección de los derechos de las personas, como lo dijo Diego Eduardo López, esta Corte tiene una amplia jurisprudencia en donde ha resaltado la importancia, el papel y el grado de vinculatoriedad que le corresponde a la jurisprudencia de las Altas Cortes y a la jurisprudencia constitucional, en el marco del paradigma constitucional de la Constitución de 1991, que fijó un Estado social y democrático de derecho, determinó un catálogo de principios y de derechos fundamentales como eje vertebral y núcleo esencial de la Constitución, determinó la primacía de la Constitución y de los derechos fundamentales, y la prevalencia del derecho sustancial (López, 2006) .

Por lo tanto, en este trabajo, se reconoce la importancia del precedente como las reglas de interpretación establecidas en las sentencias del Consejo de Estado. Estas subreglas juegan un papel crucial en el desarrollo de este estudio, ya que el precedente, aunque no es en sí mismo una norma, tiene un valor normativo obligatorio. Al analizar la problemática planteada, se puede concluir que el Consejo de Estado ha consolidado su jurisprudencia en temas específicos. Por ejemplo, las sentencias octillizas de 2014 proporcionan un punto de partida para regular la responsabilidad del Estado, especialmente en lo que respecta a los montos de indemnización por perjuicios inmateriales.

El código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entró en vigencia el 2 de junio de 2012 e introdujo la posibilidad de proferir nuevas sentencias de unificación por parte del Consejo de Estado como se dijo anteriormente. El 28 de agosto de 2014 el Consejo de Estado emitió ocho sentencias, presentadas por cada uno de los ocho magistrados que integraban la sección tercera. Aunque tratan temas muy diversos, unificaron la tipología y reparación de perjuicios inmateriales, estas sentencias ofrecen una división tripartita en materia de daños inmateriales (daño moral, daño a la salud y daño a los bienes constitucionalmente protegidos) y organizan por medio de tablas el valor de la indemnización (Arenas, 2018).

Por lo anterior, las sentencias de unificación son un panorama alentador para quienes conciben que la responsabilidad extracontractual del Estado pueda ser reglamentada a través de una norma, ya que presenta una regulación en un tema que ya ha sido decantado por la jurisprudencia de tal manera que hoy en día dichas subreglas son vinculantes, es decir, obligatorias

para los operadores judiciales, de esta manera se estaría formalizando una decisión unificada a través de la ley.

Podría considerarse al precedente como una ampliación al principio de legalidad, por lo que si bien el gran desarrollo jurisprudencial que se ha creado en el tiempo ha sido una gran labor que ha sentado las bases de la responsabilidad del Estado, no se debe olvidar la plena vigencia del principio de legalidad en la materia, en aras de proteger la seguridad jurídica al interior de los juicios de responsabilidad.

En resumen, al examinar nuestro sistema legal colombiano, es evidente que ha predominado históricamente un enfoque legislativo, donde las leyes escritas son la norma principal. A lo largo del tiempo, la jurisprudencia y el sistema de precedentes han ido integrándose en este sistema, especialmente en lo que respecta a la responsabilidad extracontractual del Estado. Su evolución se ha forjado a través de las decisiones judiciales, particularmente las del tribunal superior.

Sin embargo, es crucial recordar la importancia del sistema legislativo. Este análisis sugiere que hay espacio para una combinación armoniosa de ambos sistemas, donde la legislación y los precedentes judiciales enriquezcan mutuamente nuestro sistema legal. En este contexto, se destaca la ausencia de una ley específica sobre el tema de responsabilidad del Estado, la cual es necesaria para lograr esta armonía deseada en nuestro sistema de fuentes jurídicas.

B. Límites a la configuración legislativa en Colombia y análisis de derecho comparado respecto de la responsabilidad extracontractual del Estado

La gravísima afectación al patrimonio público como consecuencia de los innumerables y sistemáticos asuntos litigiosos fallados en contra del Estado colombiano y sus autoridades públicas y la preocupación por las astronómicas pretensiones en su contra, muestran un panorama desalentador, por lo tanto ha surgido el interrogante respecto de qué hacer ante dicha situación; y si el legislador puede intervenir en dicho tópico con el fin de regular un sistema jurídico que en su mayoría ha sido desarrollado por la jurisprudencia.

De hecho, al hablar de regulación normativa en el ámbito de la responsabilidad del Estado es necesario hablar de límites que imponen normas constitucionales e internacionales, pero sin perder de vista que, si bien los puede haber, es necesario adentrarse en la materia y tomar acciones afirmativas con el fin de corregir una problemática que se presenta en el país.

Como se dijo a lo largo del presente trabajo, la responsabilidad extracontractual del Estado se ha dado a través de una construcción jurisprudencial, que a su vez ha sido establecida con una abundancia jurídica inmensa a lo largo de los años. Es por ello que debe recordarse que, gracias a ese análisis jurídico desarrollado a través de los años se han establecidos conceptos claros que son utilizados en los casos actuales, y que inclusive en nuestros días han sido sujeto de unificación por parte de la jurisdicción, lo que significa que son precedentes de obligatorio cumplimiento.

Debe precisarse, el derecho de la responsabilidad extracontractual del Estado, por voluntad expresa del constituyente, es un mecanismo de protección de derechos y del orden jurídico que forma parte de un sistema constitucional de mecanismos de protección de derechos. Es decir, la responsabilidad del Estado no puede perder de vista su labor como mecanismo de protección de derechos positivizado en la norma superior (Peláez, 2015).

En el análisis de casos judiciales, cuando nos referimos a la discrecionalidad, hablamos de la libertad que tienen los operadores judiciales para evaluar y dictaminar un caso específico. Esto siempre está sujeto a no contravenir la Constitución y la ley. No obstante, en el contexto de la responsabilidad del Estado, como hemos subrayado a lo largo de este trabajo, el sistema se ha desarrollado principalmente a través de la jurisprudencia. Esto significa que la Constitución y la ley ofrecen escaso respaldo para las decisiones, otorgando al juez un amplio margen para resolver los casos según su formación y concepción del derecho.

A pesar de que los jueces tienen una total independencia para emitir sus fallos, es crucial tener en cuenta el artículo 230 de la Constitución, que establece que los jueces solo están sometidos al imperio de la ley en sus decisiones. Sin embargo, esta independencia puede plantear, en ciertas ocasiones, un problema en lo que respecta a la seguridad jurídica para los usuarios del sistema judicial. Si no existe unidad en la materia para un caso específico y se depende en gran medida de las convicciones del juez, es evidente que esto generará incertidumbre al determinar la responsabilidad del Estado (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Como se recordó en líneas anteriores, Colombia es un país cuyas bases jurídicas fueron cimentadas en el sistema jurídico del *civil law* o derecho normado, por lo que, si bien ha sido una labor exaltante de las altas cortes en su creación de jurisprudencia enriquecedora respecto de la responsabilidad, el vacío normativo respecto de dicho tema es evidente.

Producto del más de medio de siglo en que Colombia se ha visto inmersa en un conflicto armado y también aunado a esto el defectuoso funcionamiento de la administración, ha causado que los ciudadanos ejerzan sus derechos y garantías frente al Estado lo que se ve reflejado en la numerosa litigiosidad que se presenta al interior de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por lo que demandar al Estado como derecho que les asiste a las personas que se consideren vulnerados sus intereses es el ejercicio que deviene en la actualidad la cuantiosa amplitud de pleitos judiciales en el país.

Mencionado lo anterior, es necesario precisar que esta herramienta también ha propiciado una nueva ventana de demandas temerarias, que amenazan las cuentas fiscales del país, que para el objetivo del presente trabajo es necesario evidenciar y contextualizar con el marco jurídico que opera en la responsabilidad extracontractual del Estado que en su mayoría es el sistema más demandado por los ciudadanos y concretamente se podría hablar de que las entidades con más demandadas en su haber son propiamente el Ministerio de Defensa Nacional y la Fiscalía General de la Nación.

Como se ha destacado en este trabajo, la responsabilidad del Estado se ha estructurado sobre la base de un sistema pretoriano que fue constitucionalizado en el artículo 90 de la Carta de

1991. Sin embargo, es importante señalar que, más allá de esta constitucionalización, el sistema de responsabilidad carece de un marco normativo sólido y específico como base. En cambio, continúa apoyándose en el abundante contenido jurisprudencial y doctrinario que se ha desarrollado a lo largo del tiempo.

La complejidad del tema de la responsabilidad estatal se destaca en este contexto. Aunque hay algunas sentencias de unificación que parecen actuar como legislación indirecta en este ámbito, la inseguridad jurídica sigue siendo significativa. Sin embargo, es crucial resaltar la necesidad de establecer límites a la responsabilidad. Este enfoque busca asegurar la compensación por los derechos vulnerados, pero de manera equitativa y proporcionada.

El objetivo de un sistema de responsabilidad extracontractual es la distribución eficiente del riesgo. Sin embargo, en la implementación de este sistema existen diversos elementos a tomar en cuenta como, por ejemplo, las diferencias económicas entre países desarrollados y en vías de desarrollo. (Luppi, 2010).

Según un artículo de la revista dinero que expresa las preocupaciones de las dudas del Estado frente a las condenas expresa, “Las cifras son escandalosas. Colombia en el 2019 tuvo demandas por más de \$400 billones, representadas en alrededor de 400.000 procesos, sin contar una acción de grupo por desplazamiento forzado que solicitó una indemnización que supera \$3.440 billones, más de cuatro veces el PIB del país. En promedio, cada año el país recibe cerca de 100.000 nuevas demandas y solo en 2018 cerró con 125.000 nuevos procesos radicados. La radiografía es muy compleja porque, por un lado, refleja un alto grado de litigiosidad y, por el otro,

puede convertirse en muy poco tiempo en un grave problema para las finanzas públicas. De hecho, hay sentencias ya definitivas y por pagar por más de \$7 billones, que no se han cubierto, concentradas en su mayoría –\$4,8 billones– en pleitos del Ministerio de Defensa y de la Fiscalía General de la Nación.” (Dinero, 2019).

La cuestión que he distinguido ha sido motivo de debate en diversas ocasiones. No sorprende que se hayan intentado reformas legislativas en relación con este asunto. En ese sentido, se ha buscado modificar el artículo 90 de la Constitución a través de actos legislativos, con el objetivo de establecer límites y regulaciones para las indemnizaciones derivadas de condenas al Estado.

La exposición de motivos del acto legislativo tenía como objetivo reformar el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia. La intención era permitir la regulación, a través de la ley, de diferentes tipos de daños cuando se establecieran por arbitrio iuris, incluyendo sus montos, condiciones y límites en el contexto de la responsabilidad estatal. La justificación del proyecto subrayó la clara necesidad de establecer criterios reguladores que permitieran al Estado controlar deficiencias institucionales y abordar problemas cotidianos específicos.

El propósito era ajustar el artículo 90 constitucional a las características del Estado social de derecho, donde el interés general es fundamental para el funcionamiento estatal y todas las políticas públicas. En la actualidad, hay numerosos casos en los que, mediante demandas contra el Estado, se obtienen beneficios individuales inmensos que se perciben como desproporcionados e injustos. Incluso en situaciones legítimas donde el Estado y sus agentes causan daño y se requiere

indemnización, la manera en que se regulan, a través de la jurisprudencia, los tipos de daño y sus montos resulta extremadamente costosa y perjudicial para las finanzas públicas, y claramente en contra del interés general del Estado y la gran mayoría de la población.

Como queda claramente evidenciado, el Estado enfrenta una significativa problemática de endeudamiento por condenas y no puede desentenderse de la responsabilidad que aborda el presente trabajo. Por ello, se hace imperativo retomar la iniciativa reformista, la cual posibilitaría la regulación precisa de la indemnización y las causas de responsabilidad. Este enfoque, sin menoscabo de los derechos individuales, busca establecer límites y proporcionar una mayor certeza jurídica en un tema intrincado.

A lo largo de este trabajo, se ha argumentado que, aunque la constitucionalización de la responsabilidad estatal representa un avance significativo en la protección de los derechos de las personas, persiste la problemática inherente al uso de un sistema de responsabilidad de base pretoriana sin una debida reglamentación. Esta problemática se ha evidenciado de manera consistente a lo largo de los capítulos, abarcando cada uno de los ámbitos específicos del sistema de responsabilidad en Colombia.

Establecida la necesidad de ampliar el marco normativo del sistema jurídico de la responsabilidad del Estado y considerando la seria problemática del país debido a las cuantiosas condenas, es esencial reconocer que, si bien la sostenibilidad fiscal es un factor a tener en cuenta al definir la responsabilidad, no puede ser un argumento válido para limitar los derechos subjetivos de las víctimas y, en última instancia, exonerar al Estado de las injusticias que pueda cometer.

Así, nos encontramos ante una dualidad: la sostenibilidad fiscal de un lado y la defensa y protección de los derechos humanos y el derecho a la responsabilidad extracontractual del Estado del otro. En este contexto, es innegable que el legislador se vería enfrentado a una limitación considerable en su capacidad legislativa, en consonancia con la constitucionalización sustancial del derecho de la responsabilidad del Estado y el modelo constitucional asociado a dicha responsabilidad.

1. Límites a la configuración legislativa de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Después de examinar la problemática evidenciada a lo largo del tiempo en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado, y reconociendo que la intervención legislativa es bienvenida en este ámbito, considero necesario y prudente destacar que cualquier reglamentación propuesta por el cuerpo legislativo nacional debe tener límites claramente definidos. Estos límites están delineados por imperativos internos e internacionales, así como por la concepción sustancial del derecho a ser indemnizado según lo establecido por el constituyente.

La Constitución Política de 1991 elevó a la categoría de derecho fundamental el derecho a compensar a las víctimas en casos en los que, ya sea por acción u omisión, una autoridad administrativa cause un daño antijurídico imputable. Este avance en materia de responsabilidad ha sido objeto de estudio durante varios años por parte de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Estas entidades, a través de su jurisprudencia, han establecido el derecho de las personas a ser indemnizadas siempre que se cumplan los requisitos pertinentes, los cuales han sido

ampliamente desarrollados a lo largo de la historia y han sido objeto de debate en las diversas tesis aplicadas para su desarrollo.

Este es el punto de partida para identificar los límites de la intervención del legislador. La esencia de la responsabilidad estatal se centra en el concepto de "daño antijurídico", el cual determina la clasificación del daño causado para analizar la imputación de responsabilidad. Inicialmente, se consideró como la objetivación de la responsabilidad del Estado, implicando que siempre se respondería por dicho daño sin evaluar la calificación de la conducta. Sin embargo, más adelante se reconoció como un concepto variable, sujeto al análisis del juez, que identifica el daño que no debe ser tolerado.

Este enfoque surgió como una respuesta a teorías como la "falla del servicio", las cuales requerían la calificación constante de la conducta de la entidad estatal para establecer su responsabilidad. Esto indica que el constituyente, al examinar la realidad de nuestro país y los deberes del Estado hacia sus ciudadanos, comprendió la importancia de establecer una responsabilidad que abordara situaciones en las que la respuesta a dicho daño no estuviera justificada y excediera las obligaciones de los ciudadanos. Hoy en día, esto implica que el juez analice el tipo de daño y determine si el Estado es responsable en el marco de una imputación subjetiva u objetiva, de acuerdo con los regímenes establecidos por la jurisprudencia a lo largo de los años. Un ejemplo sería el caso de los soldados conscriptos que sufren daños durante el servicio militar obligatorio, un estudio de responsabilidad que, a pesar de sus posibles variaciones, se ha examinado bajo regímenes objetivos como el "daño especial".

Dicho análisis conlleva a determinar un claro límite, y es que, de acuerdo con nuestro modelo constitucional de responsabilidad estatal, el daño antijurídico es el centro de gravedad expreso, por tal motivo, no se puede restringir su análisis en una eventual intervención legislativa, lo que conllevaría a que el instrumento legislativo que se adoptara respetara los títulos de imputación utilizados por la jurisprudencia y dejara al arbitrio del juez su análisis a cada caso en concreto.

Se ha establecido entonces que tanto el artículo 6° como el 90° de la Constitución Política, establecen límites a la responsabilidad al interpretarse armónicamente estos dos supuestos normativos, ya que no debe perderse de vista que, si bien hay una tendencia expansiva de la responsabilidad del Estado, ella está sometida al actuar de los agentes públicos, que a su vez también tienen delimitada su responsabilidad a nivel constitucional.

Ello es una clara muestra de un límite que la Constitución impone al legislador y a la jurisprudencia en la declaratoria de responsabilidad, no obstante, podría ser un claro tema que debería describir la ley que se proponga, lo cual establecería más herramientas al juez de la causa al analizar cada caso en concreto, como lo sería contar con una limitante expresa a nivel constitucional, legal y jurisprudencial definida estrechamente, pero dicho tema será abordado más adelante en la solución al problema planteado.

Las nociones fundamentales de la responsabilidad patrimonial del Estado, que como ya se expuso, gira entorno al estudio del daño antijurídico y trasciende su concepto con el fin de establecer una responsabilidad garantista de los administrados es una limitante al legislador, como

se dijo, no obstante, en este punto dichos argumentos deben estudiarse con la siguiente limitante planteada y es que el modelo de responsabilidad es un mecanismo de protección de derechos por lo que el legislador no puede en ningún caso, con el fin de reglamentar en tema bajo su cargo, desconocer derechos de las víctimas, consideración que se ha repetido a lo largo del presente trabajo.

El reconocimiento a este derecho establecido en nuestra Constitución, confirmado por el órgano de cierre y vigilante en materia constitucional, del derecho de la responsabilidad extracontractual del Estado como mecanismo de protección de derechos y del orden jurídico, es de una transcendencia significativa y tiene implicaciones directas en los límites de intervención legislativa en la materia. La estructura de la Constitución actual responde a esta lógica del sistema. Tal reconocimiento se materializó en el artículo 90°, situado en el capítulo 4° “De la protección y aplicación de los derechos”, del Título II, “De los derechos, las garantías y los deberes”. Ello implica que el derecho de la responsabilidad extracontractual del Estado debe concebirse e interpretarse, no como un modelo aislado de responsabilidad, sino como una construcción garantista y antropocéntrica que se integra con la cláusula general de responsabilidad, el sistema de protección de derechos y la armonización de las garantías de derechos desde la Constitución y el bloque de constitucionalidad (Peláez, 2015).

Compartiendo la postura del profesor Juan Carlos Peláez Gutierrez, en el solo sentido de que el sistema de responsabilidad del Estado sea una garantía de protección de derechos establece que bajo ninguna circunstancia se puede perder ese punto de vista, lo cual debe manejarse con cuidado cuando se realiza el ejercicio de delimitación. Otro punto de vista desde el cual se puede

establecer una limitación a la intervención del poder legislativo en la responsabilidad extracontractual del Estado, refiere directamente a los imperativos de derecho interno e internacional que sobre la materia se han adoptado (Peláez, 2015).

Sobre este primer aspecto se analizaron dos limitaciones internas que fueron tratadas en jornadas de derecho administrativo, del cual participó como ponente el profesor Peláez, y es lo que refiere a la reparación integral y la sostenibilidad fiscal en el marco de los derechos fundamentales.

El derecho a la reparación integral se ha establecido como una obligación del Estado, cuya finalidad es devolver a la víctima al Estado en el que se encontraba con anterioridad al hecho que originó tal condición. Por lo tanto, el hecho con el cual se vulneraron los derechos genera en favor de la persona que lo padeció el derecho fundamental a la reparación integral, lo que se hace efectivo a través de la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y la garantía de no repetición consagradas en el Derecho Internacional, que se desprenden de la condición de víctimas y que deben ser salvaguardados por el Estado (Corte Constitucional, T-083, 2017).

Lo anterior significa el amplio margen del derecho, lo cual conlleva a establecer que es una limitación negativa de la reglamentación que se plantea, y es que dicha situación no ha sido ajena al Consejo de Estado, Corporación que en su jurisprudencia ha establecido categóricamente que cuando el Estado sea responsable de graves violaciones a derechos humanos o crímenes de lesa humanidad, el juez de lo Contencioso Administrativo deberá condenar a la entidad imputada del daño a reparar integralmente a las víctimas, lo que ha conllevado a indicar en los fallos medidas

de reparación no pecuniaria con el fin de lograr dicha reparación en el ámbito de la rehabilitación y satisfacción, como lo son disculpas públicas o construcción de monumentos, entre otras.

También se ha establecido en la jurisprudencia medidas que garanticen la no repetición, cumpliendo con lo preceptuado por la Corte Constitucional y las Corte Interamericana de Derechos Humanos, para ella ha establecido medidas como la divulgación por medio de comunicación de las sentencias, o la publicación del respectivo fallo en unidades militares con el fin de que se conozcan las decisiones que conllevan la responsabilidad por esos hechos y que no se vuelvan a repetir.

Es así que el máximo tribunal de la jurisdicción ha establecido que cuando se está ante una afectación absoluta del derecho constitucional o convencionalmente amparado, el juez contencioso administrativo debe decretar las medidas de reparación integral no pecuniarias de tipo restitutivo. Ciertamente, se considera que en eventos, en los cuales se desborda la esfera o dimensión subjetiva de los derechos conculcados, dada su magnitud, anormalidad y excepcionalidad, el juez no puede ser indiferente, so pena de entender el derecho de la reparación como una obligación netamente indemnizatoria, cuando lo cierto es que una de las funciones de la responsabilidad del Estado es la restitutiva, así como la protección de la dimensión objetiva de los derechos vulnerados, y el cumplimiento de los fines de la justicia (Consejo de Estado, exp. 51522, 2021).

Lo anterior, implica el derecho de las víctimas a ser reparadas adecuadamente por los perjuicios sufridos, lo cual no puede perderse de vista al hablar de delimitar la responsabilidad Estatal, por lo que hablar de reglamentación jamás puede entenderse como regresión en temas de

derechos, por el contrario debe entenderse como un enriquecimiento en materias jurídicas que brinden garantías y seguridades al usuario de la administración de justicia que busca la reparación total por el daño que ha sufrido, lo cual denota la importancia de la reparación integral para entender un claro límite al legislador.

De otro lado, como se dijo, la sostenibilidad fiscal es la otra limitante que se debe tener en cuenta con el fin de lograr plantear la solución al problema, de la manera más acertada y coherente con los derechos de las víctimas, el marco jurídico constitucional de la responsabilidad del Estado y los imperativos internos trazados por la Corte Constitucional.

La sostenibilidad fiscal es un instrumento para alcanzar de manera progresiva las finalidades del Estado social y democrático de derecho. Esto es de gran importancia, pues vincula la sostenibilidad fiscal con los fines esenciales del Estado, la Corte Constitucional al respecto ha establecido que en caso de conflicto entre la aplicación del criterio de sostenibilidad fiscal y la consecución de los fines estatales prioritarios propios del gasto público, deberán primar los segundos.

No obstante, si bien ello no implica limitar o restringir los derechos, esto no significa que no pueda establecerse parámetros claros y objetivos sobre los cuales deba operar la responsabilidad del Estado, con el fin de que exista una armonía entre el derecho a ser indemnizado de una manera justa e integral, sin que esto implique un desbordamiento presupuestal derivado de las condenas al Estado.

Expuesto lo anterior, y abarcando los límites del legislador en su intervención legislativa, se debe también hablar de lo que representa un núcleo esencial de un derecho fundamental. Así las cosas, el núcleo esencial de un derecho fundamental se ha definido como el mínimo contenido que el legislador debe respetar, es esa parte del derecho que lo identifica, que permite diferenciarlo de otros y que otorga un necesario grado de inmunidad respecto de intervención de las autoridades públicas. A su turno, debe entenderse en sentido negativo el núcleo esencial de un derecho fundamental, como aquel sin el cual el derecho deja de ser lo que es y lo convierte en otro derecho diferente o lo que caracteriza o tipifica al derecho fundamental y sin lo cual se le quita su esencia fundamental. Esta teoría del núcleo esencial se aplica como garantía reforzada de eficacia normativa de los derechos fundamentales, en tanto es exigible un mínimo de contenido que vincula y se impone principalmente frente al legislador (Peláez, 2015).

La facultad del legislador de regular y restringir los derechos fundamentales, no implica que no se respete el núcleo esencial del derecho que se quiere regular, por el solo hecho de incidir en la materia, si bien es un aspecto importante a tener en cuenta, no debe perderse de vista que la intención es la reparación eficaz y uniforme de las víctimas.

Finalmente, ha de decirse que la gran labor pretoriana del Consejo de Estado en los últimos años en materia de indemnización de perjuicios cuando el daño ha devenido de una vulneración a bienes constitucional y convencionalmente amparados, se ha ceñido con los postulados de los derechos humanos que han sido ratificados por el Estado Colombiano, así, los parámetros de indemnización han sido establecidos con el gran ejemplo de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos, lo que no puede pasarse por alto en una eventual intervención legislativa sobre la materia.

Es por esto, que los imperativos de derecho internacional son un aspecto a tener en cuenta en lo que atañe a la responsabilidad del Estado, más aún cuando una de las razones del Constituyente de elevar a rango constitucional dicha responsabilidad fue precisamente cumplir con las obligaciones internacionales frente a la reparación de las víctimas por la acción u omisión de las entidades estatales.

En este sentido, el artículo 61° de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que toda violación de una obligación internacional debe ser reparado de una manera adecuada, lo que conlleva la aplicación de la plena restitución con el fin de que se restablezca la situación al momento anterior a la violación, de no ser posible se deberán adoptar las medidas necesarias para reparar las consecuencias producidas por la violación. (Conferencia Interamericana Especializada sobre derechos Humanos, 1969).

Este conjunto de delimitaciones es el marco en el que debe moverse el legislador para regular la responsabilidad extracontractual del Estado, así, se podría expedir una norma sólida que respete el modelo de reparación constitucional que adoptado nuestro país y los imperativos internacionales que marcan una pauta importante.

2. Análisis de responsabilidad extracontractual del Estado desde el derecho comparado

De los estudios de investigación realizados con ocasión del presente trabajo, se desprende un estudio de derecho comparado de algunos países que adoptaron el sistema de derecho romano – germánico, y que en sus instrumentos normativos internos han propugnando por desarrollar y reglamentar la responsabilidad del Estado, generalmente a partir de su Constitución Política, situación similar a la ocurrida en nuestro país.

De dicho estudio se pudo evidenciar como a partir de las nociones de responsabilidad de la persona jurídica de derecho público, a partir de la superación de la noción de la irresponsabilidad del Estado, las cortes de dichos países fueron avanzando en los conceptos de daño y su imputación a la administración con el fin de indemnizar los perjuicios de las víctimas. Se resalta entonces como, si bien el tema de la responsabilidad tuvo sus más importantes desarrollos a partir de un sistema pretoriano, el mismo Estado, pero a través de su cuerpo legislativo se preocupó por desarrollar en distintos enfoques dicha temática.

a. Responsabilidad extracontractual del Estado: Alemania.

La responsabilidad del Estado en Alemania al igual que en los demás modelos jurídicos, en un principio se fue adaptando según las concepciones de la responsabilidad de los particulares, en particular en dicho país en un primer instante solo era responsable el servidor público que ocasionara un daño sobre el cual se solicitara una indemnización, remitiéndose para ello a las

concepciones de su código civil, no obstante, la Constitución de Weimar introdujo el concepto de responsabilidad patrimonial del Estado (Asamblea Nacional Constituyente de Weimar, 1919).

Dicha Constitución estableció en su artículo 131° que si en el ejercicio de la potestad pública a él confiada, el funcionario el funcionario infringe los deberes que el cargo le impone frente a tercero, la responsabilidad alcanza por principio al Estado o a la Corporación a cuyo servicio se hallare el funcionario (Asamblea Nacional Constituyente de Weimar, 1919).

Este precepto fue reproducido con unos ligeros cambios en la Constitución de Bonn, entre los cambios que estableció se sustituyó la expresión funcionario por la de alguien ampliando así el ámbito de la responsabilidad; así como la sustitución del ejercicio del poder público por el ejercicio de una función pública.

En este sentido, Alemania trasladó la responsabilidad del servidor público al Estado, cuando se relacionara con sus funciones o particularmente el ejercicio de una función pública, pero para analizar dicha responsabilidad, a pesar de establecer una responsabilidad distinta, se remitía a normas propias del código civil, por lo que dicho análisis se sustentaba en fundamentos aplicables a los particulares en ultimas, por lo que el eje de la responsabilidad era la culpa, entendido entonces el juicio de responsabilidad como el daño ilícito ocasionado por un funcionario.

No obstante, ante estas coberturas del daño ilícito aparecieron impulsadas por la doctrina y la jurisprudencia las llamadas indemnizaciones de derecho público, procedentes de intervenciones conforme a derecho y fundadas en la idea del sacrificio especial, así como una serie

de supuestos de responsabilidad por aplicación de la doctrina del riesgo y de las intervenciones antijurídicas sin culpa. Esta situación tan compleja exigía una reforma que sistematizara el conjunto de reglas jurisprudenciales y legales aplicables a la materia, sobre ello existió unanimidad en la doctrina. Los proyectos de reforma se iniciaron, según la exposición de *Gunther Hirsch* en las reuniones de la 41 y 47 *Deutschen Juristentag* celebradas en 1955 y 1968 (Sainz, 1982).

Así las cosas, la Ley de responsabilidad del Estado del 26 de junio de 1981 entró en vigencia el 1 de enero de 1982, y solo sería aplicable a los hechos ocurridos con posterioridad a dicha fecha. El contenido de esa ley se sintetiza en los siguientes aspectos generales según Sainz, (1982):

i) La responsabilidad del Estado se da si el poder público infringe un derecho público que lo obliga frente a otro; por poder público se entiende el poder estatal en el sentido que establece la ley fundamental, no sin hacer algo restrictivas los supuestos de responsabilidad al poder legislativo y judicial. La infracción de un deber de derecho público se consideraba el elemento central de la responsabilidad e introdujo lo que se denominó la responsabilidad inmediata del Estado y unificó los sistemas de responsabilidad denominados responsabilidad del cargo, intervenciones semejantes a expropiaciones y las intervenciones que implican un sacrificio especial.

En conclusión, el precepto dominante es que el ciudadano tiene derecho a que la administración se comporte con él según el ordenamiento jurídico público. Por eso se hacía

claridad que en hipótesis en que el daño proviniera de las actuaciones de los particulares, se aplicaría el derecho civil.

ii) se suprimió el elemento de la culpa para poder declarar la responsabilidad, por lo que, según la ley, la responsabilidad surgía con independencia de que la conducta se hubiera cometido a título de culpa. No obstante, dicha eliminación del elemento de la culpa tenía algunas limitaciones, a manera de ejemplo se advertía que cuando el daño generado era inevitable o la actividad fue realizada con el cuidado requerido.

iii) El contenido de la indemnización estaba determinado por el principio de la reparación total, por lo que se comprendía la indemnización de perjuicios tanto materiales como inmateriales, así como también se enunció algo parecido a lo que hoy en día establece la concurrencia de culpas, cuando la víctima interfiere en la producción del daño. (p. 387,388,389).

En estos aspectos, se sintetiza a grandes rasgos las características de la ley de responsabilidad del Estado que se promulgó en Alemania en 1981, ley que surgió por la necesidad, según la doctrina y la jurisprudencia, de adoptar un sistema autónomo o propio de responsabilidad, diferente en algunos aspectos al sistema de responsabilidad de los particulares.

Aunque el avance en materia de responsabilidad estatal era significativo en ese momento, lo cierto es que dicha ley fue declarada nula por el Tribunal Constitucional Alemán, pues se consideró que la Federación no tenía competencia legislativa para dictar mencionada norma.

Sobre el particular Sainz (1981) dijo:

El Tribunal ha declarado pues que la Federación carecía de competencia legislativa para dictar algunos de los preceptos fundamentales de la Ley, lo que produce la nulidad de esos aspectos y, con ello, la nulidad de la Ley entera, dado que los artículos restantes perdían entidad y sentido si se anulaban tales preceptos básicos. Aunque la sentencia fundamenta la nulidad de la ley en razones de orden competencial (infracción del artículo 70 de la Constitución), es obvio que su declaración plantea cuestiones dogmáticas que afectan a la naturaleza misma de la responsabilidad patrimonial del Estado. en la medida en que la decisión del Tribunal se fundamenta precisamente en una declaración sobre la naturaleza pública, no privada, de esa responsabilidad. (p.381)

Cabe aclarar, si bien la Ley de Responsabilidad extracontractual del Estado alemana fue declarada nula, lo cierto es que fue por vicios de procedimiento respecto de competencia para la promulgación de la misma, situación que es relevante y hay que aclarar, pero que no resta mérito a la intención legislativa que desde esos años tuvo ese país, y recuerda los motivos por los cuales se hace necesaria la reglamentación de dicho tema.

No obstante, dicho país nunca retomó la iniciativa de establecer una ley con similares características, lo que denota porque en la actualidad el sistema de responsabilidad de Alemania es similar al nuestro, una ley fundamental como la Constitución que prevé la necesidad de establecer responsable al Estado por los daños que produzca a los particulares en el ejercicio de

sus funciones, pero que para ser analizada se deberá hacerlo en conjunto con los preceptos normativos del ordenamiento civil.

Dicho activismo legislativo es importante resaltarlo, según los objetivos que se han trazado en este trabajo, pues de la misma problemática que ha sido advertida en varios momentos históricos, se estableció la necesidad de delimitar la responsabilidad del Estado a través de una norma que estableciera características para la declaratoria de responsabilidad más concretas, advirtiendo que los sistemas de responsabilidad estatales poseen diferencias significativas a la de los particulares, pues el Estado tiene unos deberes con sus ciudadanos que trascienden el análisis de declaratoria entre particulares.

b. Responsabilidad extracontractual del Estado: Chile.

Igualmente, en Chile se encuentra un desarrollo normativo de la responsabilidad estatal, se encuentran los artículos 4° y 44° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Su artículo 4° señala "El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado". Por su parte, conforme a su artículo 44°: "Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal". Existen también otras disposiciones aplicables. Así, el artículo 152° de la Ley No. 18.695 de Chile, Orgánica Constitucional de Municipalidades dispone que "las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que

causen, la que procederá principalmente por falta de servicio (Junta de Gobierno de la República de Chile, 1986; Congreso Nacional de Chile, 2012).

No obstante, es un país que no representa un gran avance en desarrollo legal de la responsabilidad del Estado, y que, por tal motivo, ha suscitado planteamientos al interior de posiciones doctrinales que propugnan por ampliar dicha reglamentación para evitar problemáticas suscitadas en sede judicial.

Se ha dicho, por parte del profesor Mauricio Viñuelas que a la vista de la jurisprudencia de los últimos años, así como de alguna legislación sectorial administrativa aplicable a ciertas clases de responsabilidad estatal por su actividad (o inactividad) administrativa, pueden distinguirse tres grandes grupos de materias, con tratamientos bastante disímiles entre sí, resultando de esta falta de tratamiento unitario y orgánico, tal vez, la principal característica del régimen chileno de responsabilidad del Estado por hechos de la Administración en este tiempo, cual es, la falta de un fundamento racional y normativo único, que conlleva diversos problemas de inseguridad jurídica para los administrados y para todo el Estado de derecho (Viñuelas, 2006).

Para reiterar lo argumentos de dicha postura, manifestó que la falta de mecanismos para evitar la discriminación de los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional, es una característica de nuestro sistema judicial, que constituye, como queda en evidencia en esta como en otras materias, una abierta infracción al principio de igualdad ante la ley que garantiza el artículo 19° No. 2 de la Constitución (Viñuelas, 2006).

Lo anterior es útil para ver el ejemplo de un país que considera oportuno ampliar el espectro de reglamentación del Estado, para dotar de más herramientas a los jueces al momento de una condena a las autoridades administrativas. Lo cierto es que se puede analizar la preocupación de dicho país, preocupación que tiene como sustento la aplicabilidad de la ley ante los ciudadanos, lo anterior se puede ver cuestionado cuando el juez tiene un amplio espectro de teorías sobre las cuales basar sus decisiones, teorías que no ofrecen ninguna limitante a legal. Es allí donde se debe realizar un juicio de ponderación con el fin de determinar que se puede reglamentar, sin que ello implique vulnerar los derechos de los usuarios de la administración de justicia.

c. Responsabilidad extracontractual del Estado: España.

La responsabilidad del Estado española se sitúa a la vanguardia del sistema por su evolución a lo largo de los años, representa un punto de partida y desarrollo para algunos países, como lo es en caso de Latinoamérica, y particularmente en nuestro país, pues no puede olvidarse al clausula general de responsabilidad del Estado en Colombia es el artículo 90° de nuestra Constitución, artículo cuyas bases o cimientos se encuentran en lo preceptuado por el ordenamiento jurídico español.

La evolución de la institución en España puede verse con un desarrollo a partir de una irresponsabilidad de los poderes públicos, que con el paso del tiempo a través de mecanismo jurídicos y con ayuda de la doctrina y la jurisprudencia fueron adaptando las características que hoy en día la rodea.

Para sintetizar los aspectos más relevantes para el presente trabajo, se quiere partir desde la promulgación de la Constitución española de 1978 que introdujo al igual que el principio de legalidad, el principio de responsabilidad, por lo que se muestra como uno de los pilares del Estado social de derecho español.

El artículo 9° de la Constitución estableció que la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (Constitución española, 1978).

Por su parte, el artículo 106° constitucional estableció que los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (Constitución española, 1978).

A su vez, el artículo 149° constitucional declaró el sistema de responsabilidad de todas las administraciones públicas, por lo que se evidencia una clara tendencia de positivizar la responsabilidad del Estado en todos sus ámbitos, tarea que más tarde sería desarrollada por una ley, como se explicará (Constitución española, 1978).

En España el régimen de responsabilidad viene consagrado en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992. Su Título

X se denomina “De la responsabilidad de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a sus servicios”, modificada el año 1999. El artículo 139.1º dispone "los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.” (Cortes Generales de España, 1992).

Dicha ley nace como en el propósito de consolidar un sistema general y uniforme de responsabilidad patrimonial del Estado, así mismo lo detalla la exposición de motivos así:

El artículo 149.1.18.º de la Constitución distingue entre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, que habrán de garantizar al administrado un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas.

La delimitación del régimen jurídico de las Administraciones Públicas se engloba en el esquema «bases más desarrollo» que permite a las Comunidades Autónomas dictar sus propias normas siempre que se ajusten a las bases estatales. Sin embargo, respecto al procedimiento administrativo común y al sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas, aunque su formulación jurídica sea la manifestación expresa y la traducción práctica para los ciudadanos de la aplicación regular del propio régimen

jurídico, la Constitución las contempla como una competencia normativa plena y exclusiva del Estado. (Cortes Generales de España, exposición de motivos 2, 1992).

Como aspectos relevantes de la ley se tiene que, si bien comporta un gran aspecto procedimental, al enmarcarse en una ley que establece la adopción de los procedimientos administrativos de las autoridades públicas, lo cierto es que desarrolla conceptos de responsabilidad y los adopta en el instrumento legislativo, iniciando por los principios en los que está dada la responsabilidad de dicho Estado y la noción de daño indemnizable.

De otro lado, se establece la responsabilidad concurrente de varias autoridades administrativas, positivizando así la responsabilidad solidaria en la declaratoria de responsabilidad en un texto propio, dividiendo así los conceptos de corresponsabilidad del derecho de los particulares y el de la administración, claro ejemplo que se quiere significar con el presente trabajo, pues en este ejemplo se vislumbra como un concepto que ha sido utilizado desde el derecho civil se torna independiente en el tema de estudio.

Otro aspecto a destacar de la ley, es la positivización de teorías fundamentadas en la igualdad de las cargas públicas, tesis que ha fundamentado la responsabilidad objetiva en distintos sistemas jurídicos, pues, conceptualiza el deber del Estado de indemnizar a todo aquel que haya sufrido un daño que no esté en deber de soportar.

Finalmente, se quiere resaltar la forma de indemnización adoptada por dicha ley, si bien no establece montos fijos con el fin de calcular la indemnización en dinero, remite a otras normas

como lo son la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal, entre otras, por lo que establece criterios claros en cuanto al direccionamiento del juzgador con el fin de calcular los valores a indemnizar producto de una declaratoria de responsabilidad.

El desarrollo de la responsabilidad del Estado en España producto de la doctrina materializada en la jurisprudencia, de igual manera plasmados parcialmente en una ley, refleja los grandes avances de este importante instituto jurídico, superando los normales inconvenientes que trae consigo la incorporación de una nueva institución al derecho positivo. Así se han ido depurando situaciones conflictivas derivados de conceptos generales de la institución (García, 1995).

d. Responsabilidad extracontractual del Estado: Argentina.

La responsabilidad extracontractual del Estado en Argentina ha sido desarrollada a partir de los tres ejes fundamentales que han impulsado el desarrollo de dicho tópico tanto en la región como en países pioneros en su desarrollo como lo es el caso de Francia. Lo anterior, por cuanto ha sido desarrollada a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de dicho país con ayuda de la doctrina, pero lo que resulta relevante para el presente trabajo, es que ha sido desarrollada en instrumentos legislativos internos, aparte de claro está, la Constitución que prevé la responsabilidad de la administración.

En principio, al igual que algunos países latinoamericanos, y en particular al igual que el caso de nuestro país, la responsabilidad del Estado en Argentina tuvo un desarrollo significativo a

partir del abandono de teorías basadas en la irresponsabilidad del Estado, de lo cual fueron grandes contribuyentes la doctrina y la jurisprudencia, lo que demuestra un marco general de acción del tema en la región, lo cual se ve evidenciado en los textos constitucionales en que se fueron adoptando, y constitucionalizando la responsabilidad del Estado.

Es así, que el Estado responsable logra su reconocimiento, en forma expresa, en principio, en una norma concreta en textos constitucionales; en el orden latinoamericano podemos poner de ejemplo a Colombia, México, Brasil, Chile y Ecuador; las constituciones de tales países insertan regulaciones precisas sobre la obligación de reparar del Estado.

Identificado un primer periodo donde la responsabilidad del Estado se construyó a partir de la doctrina y de una manera fundamentalmente pretoriana, el Congreso Nacional de Argentina dictó la Ley 26.944 del 2 de julio de 2014, ley que contiene y delinea los presupuestos, su ámbito de aplicación y demás pautas para arribar a una indemnización justa (Lamoglia, 2015).

Es de precisar, dicha ley no nació como un sistema de indemnización administrativa, el cual es diferente al estudio que nos ocupa, sino plantea los supuestos de indemnización por el actuar del Estado y reconocido siempre en sede judicial, por lo que es un espectro amplio en cuanto a la delimitación de la responsabilidad por un instrumento legal.

Esta Ley 26.944 de Argentina señala varios supuestos claves de la responsabilidad del Estado. Uno de los aspectos que más llama la atención es que diferencia y aparta los conceptos y disposiciones sobre responsabilidad del código civil, pues en su artículo 1° establece que la

responsabilidad civil no podrá ser aplicada de manera directa o subsidiaria en los casos en que se estudie la responsabilidad del Estado, lo cual exalta la voluntad del legislador de apartarse de los lineamientos del derecho de los particulares, para en su lugar propugnar por un derecho de daños autónomo a aplicarse con las particularidades del sujeto a enjuiciar (Congreso Nacional de Argentina, 2014).

Ahora, cabe precisar que de la lectura de la norma se puede establecer sin lugar a dudas que es una ley cuyo contenido no es amplio como se esperaría, sino por el contrario resume características generales, pilares sobre los cuales se sustenta la responsabilidad, y que han sido conceptos desarrollados por la jurisprudencia, pero ahora reglamentados en una ley, postura primaria desarrollada en el presente trabajo. Para el efecto, se sintetizarán algunas de las premisas más importantes de la ley en su articulado con el fin de visualizar dichos conceptos y como fueron adoptados por el legislador de dicho país.

El artículo 2° de la Ley 26.944 (2014) de Argentina contempla los eximentes de la responsabilidad, al respecto indica que se exime de responsabilidad al Estado:

- a) Por los daños y perjuicios que se deriven de casos fortuitos o fuerza mayor, salvo que sean asumidos por el Estado expresamente por ley especial; b) Cuando el daño se produjo por el hecho de la víctima o de un tercero por quien el Estado no debe responder. (art.2°).

En este contexto, es evidente que las bases en las que se sustenta son las mismas que se han adoptado para los particulares. Surge entonces la pregunta: ¿por qué repetir estos conceptos en una

ley destinada a regular una responsabilidad diferente y que busca apartarse de los lineamientos civiles? La respuesta está implícita en la interrogante misma: el Estado, a través de su legislador, expresó la intención de distanciarse del ordenamiento civil. Por esta razón, para evitar depender de una norma supletoria de dicho ordenamiento, se consideró pertinente incorporar estos conceptos en una ley propia. Esto libera al juez de aplicar supuestos de responsabilidad diseñados para los particulares en el ámbito de las entidades estatales. Esta característica se refleja en todos los conceptos analizados en su articulado. Aunque no introduce nuevos conceptos, simplemente plasma lo que ya ha sido establecido por la jurisprudencia, lo hace dentro de un marco normativo independiente que otorga autonomía a la aplicación de las teorías de responsabilidad.

El artículo 3° de la Ley 26.944 de Argentina refiere a los requisitos que se necesitan para declarar la responsabilidad del Estado cuando el daño es producto de la actividad ilegítima de sus autoridades, lo que equivaldría a suponer que se trata de los requisitos del régimen de responsabilidad subjetivo o por falla que conocemos. En cuanto a dicho requisitos señala: “a) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal; c) Relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue; d) Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”. Se puede evidenciar como se mantienen los requisitos de la responsabilidad clásicos y se agrega la teoría de la falla del servicio como requisito esencial, lo cual es una clara materialización de reglamentación de la responsabilidad del Estado (Congreso Nacional de Argentina, 2014).

En su artículo 4.º, la Ley 26.944 de Argentina regula específicamente lo atinente a los requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima. A saber: a) Daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal; c) Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño; d) Ausencia de deber jurídico de soportar el daño; e) Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido (Congreso Nacional de Argentina, 2014).

Asimismo, en su artículo 5.º de la Ley 26.944 de Argentina se determina: “La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional. En ningún caso procede la reparación del lucro cesante. La indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas. Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización.” En este contexto cabe señalar que la norma pone fin a una salvedad reiterada en la jurisprudencia, respecto a la ausencia de una norma que regule expresamente el alcance de la reparación en la actividad lícita del Estado (Ylarri, 2016).

Finalmente, respecto de la síntesis de los articulados que establecen pilares sobre la cual está fundamentada la responsabilidad, se tiene que como elementos novedosos se separa la responsabilidad del Estado de los contratistas que desarrollen servicios públicos y que ocasionen

daños derivados de la actividad encomendada, lo que generaría una disminución en las condenas que por dicho concepto se presenten, haciendo como único responsable al productor directo del daño.

De lo expuesto anteriormente se puede observar como a varias problemáticas que ha suscitado la jurisprudencia en torno a la responsabilidad del Estado y tomando como ejemplo el caso argentino, se puede ver como una ley contiene todos los criterios abordados y unifica sus conceptos para llegar a un consenso en la práctica judicial, lo que resulta de gran valor como ejemplo en cuanto al presente trabajo y la problemática que se ha planteado.

C. La necesidad de una regulación legislativa

Tras examinar las limitaciones evidentes que rodean la responsabilidad extracontractual del Estado, surge la pregunta fundamental: ¿es realmente factible regular este tema? Más allá de las opiniones personales y los argumentos que puedan debatirse en ambas direcciones, es imperativo llevar a cabo un análisis jurídico para determinar si es posible realizar una intervención legislativa sin desconocer nuestro ordenamiento jurídico, los imperativos internacionales de derechos humanos que rigen la materia y los derechos de las víctimas.

Al respecto debe decirse de manera inicial que no existen derechos absolutos, y así lo ha establecido la Corte Constitucional desde sus inicios. Lo anterior quiere decir que todo derecho puede ser limitado en el ejercicio de la creación de disposiciones legales, claro está respetando las características propias del derecho a regular.

La Corte Constitucional así lo ha manifestado, considerando que en un Estado de derecho y más aún, en un Estado social de derecho, no puede haber derechos absolutos; el absolutismo, así se predique de un derecho, es la negación de la juridicidad, y, si se trata de un derecho subjetivo, tratarlo como absoluto es convertirlo en un anti-derecho, pues ese sólo concepto implica la posibilidad antijurídica del atropello a los derechos de los otros y a los de la misma sociedad (Corte Constitucional, T-809, 2010).

En materia de reparación la Corte en sentencias C-916 de 2002 y C-965 de 2003, manifestó expresamente que el derecho de a la reparación es un derecho ciertamente regulable y materia de configuración legislativa, por lo que necesariamente el escenario adecuado para debatir sobre la forma como tiene que aplicarse la reparación a las víctimas es el Congreso, postulado que está inmerso en las disposiciones constitucional cuando se refiere a la libertad de configuración política, por lo que es a dicho cuerpo legislativo a quien le compete regular técnicamente ese régimen de responsabilidad, las modalidades del daño, y todo lo relacionado con los métodos para cuantificarlo, claro está siempre en armonía con la Constitución y el bloque de constitucionalidad (Corte Constitucional, C-916, 2002; Corte Constitucional, C-965, 2003).

Este punto es importante resaltarlo, ya que ha sido la misma Corte Constitucional la que ha establecido en su jurisprudencia la necesidad de definir alcances de reparación y limitar los daños que se deben tener en cuenta al momento de realizar una liquidación de perjuicios, al respecto la misma sentencia C-916 de 2002 adujo que al definir el alcance de la reparación integral puede determinar cuáles daños se debe considerar, y en esa medida incluir como parte de la reparación

integral de los daños materiales directos, el lucro cesante, las oportunidades perdidas, así como los perjuicios morales, tales como el dolor o el miedo sufrido por las víctimas, los perjuicios estéticos o los daños de la reputación de las personas o también los llamados daños punitivos, siempre enmarcando un análisis de proporcionalidad dentro de los límites razonables (Corte Constitucional, C-916, 2002).

Sobre este punto también quiero resaltar que estos conceptos que se quieren limitar y regular no son ajenos a la jurisdicción, y de hecho ha sido uno de los argumentos sobre los cuales se ha basado este trabajo, en el sentido de indicar que el Consejo de Estado en varias sentencias de unificación ha establecido los límites indemnizatorios a aplicar en el marco de la responsabilidad extracontractual, con el fin de que los jueces tengan herramientas objetivas y proporcionales para liquidar los perjuicios de las eventuales condenas.

Es así como, se considera, en esa loable labor de unificación de jurisprudencia, es el órgano judicial quien interviene en lugar del legislador con el fin de regular materias tan complejas que no han sido objeto de limitación, que el hecho de promulgar por una intervención legislativa no pasa desapercibida a las necesidades jurídicas del país.

Esta razón también fue identificada por la Corte en la sentencia *ibídem*, al establecer que el legislador también puede fijar reglas especiales para la cuantificación de perjuicios y criterios para reducir los riesgos de arbitrariedad del juez. Estos criterios pueden ser de diversos tipos como, por ejemplo, pueden ser parámetros de orientación al juez según variables para ciertos perjuicios en razón de lo probado en el proceso, con topes fijos razonables y proporcionales.

Fíjese como desde el año 2002, fecha de la providencia que se está resaltando, la Corte Constitucional estableció que el legislador debía regular lo concerniente a la reparación integral en un sistema de responsabilidad en el que se encontraran parámetros fijos, razonales y proporcionales que estuvieran a disposición del juez para decidir los asuntos bajo su cargo de una manera objetiva, no obstante, dicha regulación nunca llegó, razón por la cual no es para nada raro que el Consejo de Estado con el fin de lograr dicha uniformidad en la resolución de los casos, se haya planteado la posibilidad de unificar su jurisprudencia para que fueran de obligatorio seguimiento por parte de los jueces (Corte Constitucional, C-916, 2002).

Así las cosas, el primer elemento a tener en cuenta para resolver el problema planteado en el presente trabajo es que, si se puede regular el derecho a la reparación extracontractual del Estado, pues como se dijo, en nuestro ordenamiento no hay derechos absolutos y por ello es el Congreso de la República el encargado de regular los derechos subjetivos de las personas, delimitándolos en el marco señalado en este trabajo.

En este punto se quiere significar, como refuerzo a los argumentos que propugnan por una reglamentación de la responsabilidad del Estado en el presente trabajo de investigación, el artículo 90° de la Constitución Política de Colombia si bien atañe lo referente a la responsabilidad de las entidades públicas, también hace lo mismo respecto del deber de repetir contra los agentes que hayan incurrido en la generación de dicha responsabilidad, es decir refiere lo pertinente a la acción de repetición.

Dicho aparte del artículo constitucional si ha tenido un desarrollo legal propiamente, dicho. Al respecto, la Ley 678 de 2001 “Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición”, la define como una acción civil de carácter patrimonial que debe iniciarse en contra del servidor o exservidor público, o el particular que cumpla funciones públicas, cuya acción u omisión haya dado lugar a un reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, con el fin de que la Entidad obtenga el reintegro de lo pagado por concepto de sentencias condenatorias, conciliaciones u otras formas de terminación de un conflicto de carácter indemnizatorio, siempre que la conducta del agente haya sido ejecutada de manera dolosa o gravemente culposa (Congreso de la República de Colombia, 2001).

A pesar de que dicha norma se ocupó de regular algunos aspectos procesales de la acción de repetición propiamente dicha, también reguló aspectos materiales para declarar responsable a los agentes estatales, es decir también legislo respecto de características propias del análisis de dicha responsabilidad.

Particularmente reglamentó sustancialmente lo referente a su objeto, finalidades y obligatoriedad, pero más relevante, lo referente al título de conducta respecto de la cual se hace el estudio de responsabilidad, es decir definió el dolo y la culpa grave como elementos necesarios para declarar responsable a un funcionario público a través de dicha acción.

Lo anterior es una clara muestra de un desarrollo legal a partir de un mandato constitucional, que reglamentó aspectos sustanciales propios de un juicio de responsabilidad, en este caso el juicio particular de responsabilidad del agente estatal, lo cual es otro claro ejemplo de la posibilidad jurídica de reglamentar la responsabilidad extracontractual del Estado, cláusula también contenida en ese imperativo constitucional.

Continuando, el modelo de Argentina es de los casos más cercanos al planteamiento de la propuesta presentada con el presente trabajo, si bien se analizaron aspectos generales de la Ley 26.944 del 2 de julio de 2014 de Argentina, que estableció que la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas, y que se considera un modelo del cual nuestro país puede tomar varias referencias para adoptar en nuestra legislación interna. Haciendo esta aclaración, y con el fin de delimitar la propuesta presentada, se quiere establecer la estructura de la ley de responsabilidad del Estado argentino, con el fin de tomar esos conceptos y establecer cuál podría ser la estructura del proyecto de ley en nuestro país (Congreso Nacional de Argentina, 2014).

1. Definición de responsabilidad del Estado y aplicabilidad normativa

Como primer aspecto se debe establecer la responsabilidad del Estado bajo los parámetros constitucionales de daño antijurídico imputable al Estado, por su acción u omisión, se deberá establecer que las disposiciones civiles serán supletorias o complementarias a lo no dispuesto en la ley.

2. Principios de la responsabilidad extracontractual del Estado

En la aplicación, interpretación e integración de la ley deberán establecerse los principios rectores sobre los cuales deberán ser interpretadas las normas que se establecen allí, para lo cual se propone aplicar los principios de dignidad humana, igualdad y reparación integral.

Este punto es relevante en el sentido de armonizar los preceptos normativos de la ley con los principios que rodean la responsabilidad extracontractual del Estado, así se impondrán como mandatos de optimización las premisas que han sido objeto de valoración a nivel convencional y constitucional, dotando así a la norma de un cuerpo que garantice y priorice los derechos de las víctimas.

3. Eximentes de responsabilidad

Una vez se establezcan los requisitos que se deben tener en cuenta para declarar la responsabilidad extracontractual del Estado, se deberá establecer los casos en los cuales se podrá exonerar de responsabilidad a la administración, para lo cual se deberá determinar cuáles son las causales eximentes de la responsabilidad como lo son, el hecho exclusivo de la víctima, hecho de un tercero y la fuerza mayor o caso fortuito, se deberán establecer sus nociones y como serán aplicadas, basadas en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

4. Elementos de responsabilidad

Una vez fijada en ámbito de aplicación y el modelo de responsabilidad, ceñido a las pautas establecidas en la Constitución, se deberán fijar los elementos de dicha responsabilidad, centrándose entonces en el daño antijurídico y su imputación a la entidad demandada, en este punto es necesario precisar que el juez en su libre interpretación podrá aplicar las teorías establecidas por la jurisprudencia para fijar la imputación y establecer la posible condena, así se respetará el principio *iura novit curia*, como además se respetarán los títulos de imputación que han hecho carrera en el sistema de responsabilidad estatal; en todo caso el juez será quien establezca ese marco de imputación.

5. Perjuicios indemnizables

De una eventual condena al Estado, la ley deberá manifestar cuales son los perjuicios que pueden surgir de los daños que se reclaman, para ello se deberán establecer toda la tipología de perjuicios que se indemnizan y que han sido adoptados por el Consejo de Estado en su jurisprudencia, haciendo una diferenciación entre perjuicios de orden material e inmaterial.

En el orden de los perjuicios materiales, el daño emergente y el lucro cesante consolidado y futuro son los tipos de perjuicios que se deberán enmarcar dentro de los de tipo material, para ello todos los conceptos, procedencia, prueba del perjuicio y liquidación se realizará teniendo como parámetro las sentencias de unificación sobre la materia. Lo anterior quiere decir fórmulas presunciones y demás para liquidar correctamente el perjuicio. Nótese como no se está buscando

crear algo distinto a lo que se viene realizando en la jurisdicción, sino por el contrario realzarlo y dotar de herramientas jurídicas sólidas al juez para poder resolver los casos de una manera uniforme y objetiva.

Respecto de los perjuicios morales, las tablas de parentesco y porcentaje de indemnización de conformidad con el daño sufrido serán las que se deberán consignar en la nueva ley, haciendo la diferenciación entre la el daño padecido por muerte y lesión tal como se ha establecido por el máximo juez de la jurisdicción.

Finalmente, el daño a la salud y el daño a bienes convencional y constitucionalmente amparados son los daños extrapatrimoniales faltantes y que han sido delimitados por el Consejo de Estado, por supuesto dichos perjuicios deberán ser indemnizados y tenido en cuenta en la ley en las condiciones en que se han venido indemnizando según la jurisprudencia. Esto es garantía para las víctimas y, adoptar dichos perjuicios a nivel legal de seguro que es garantizar y respetar los imperativos constitucionales y convencionales que se han establecido sobre los casos en los que se deban incluir en la sentencia.

En lo que refiere a la garantía de la reparación integral, la ley deberá dejar estipulado que con el fin lograr los cometidos lograr la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y la garantía de no repetición consagradas en el Derecho Internacional, el juez podrá aplicar medidas de satisfacción y/o compensación no pecuniaria. Tal como se hace hoy en día en los casos de graves violaciones a los derechos humanos.

6. Estructura general de la ley y motivos

a. Motivos de la presentación de la Ley de responsabilidad extracontractual del Estado.

La responsabilidad del Estado como se concibe actualmente está sentada bajo una cláusula general bastante amplia por lo que le ha correspondido a la jurisprudencia y a la doctrina desarrollar este derecho de responsabilidad adoptado por la Constitución Política de 1991. Ante la realidad que identifica que , a manera de ejemplo, los preceptos de responsabilidad y de indemnización de perjuicios no encuentran sustento legal alguno sino que están sometidos a la disertación de la jurisprudencia, esto en el caso colombiano sujeto al máximo órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado, por lo que este alto tribunal en su máxima concepción, legisla indirectamente al establecer criterios que podrían estar inscritos en la fuente del juzgador por naturaleza, esto es la ley.

Si bien es cierto se debe dejar que el juez en su ámbito de aplicación ejerza una evaluación del caso bajo una sana crítica, que corresponda siempre al caso concreto que se analiza, si se echa de menos un desarrollo legal que permita que el arbitrio del juez no cobre una mayor importancia como sucede en la actualidad con los procesos de responsabilidad extracontractual del Estado.

La ley que se presenta ofrece una nueva fórmula para analizar la responsabilidad del Estado. Dicha fórmula establece todos los criterios adoptados por la jurisprudencia y los eleva al nivel de una ley, por lo que todos los conceptos estudiados a lo largo de los años se ven robustecidos al estar incorporados en un cuerpo normativo.

La presentación de la responsabilidad del Estado en una norma brinda de mayores herramientas al juez para resolver los casos puestos bajo su conocimiento, además de brindar de mayor seguridad jurídica a todo el sistema, pues no cabe duda que la reglamentación de una materia siempre establecerá mayor objetividad al momento de decidir dichos asuntos, pero lo más importante, garantiza la prevalencia del principio democrático en la regulación del derecho.

b. Estructura de la Ley de responsabilidad.

La estructura general de la ley que se propone podría ser vista de la siguiente manera:

“Por medio del cual se regula la responsabilidad extracontractual del Estado”

Artículo 1°. Objeto y ámbito de aplicación

Título I

Principios rectores

Título II

Elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado

Nociones del daño antijurídico

Nociones de la imputación

Título III

Eximentes de responsabilidad

Del caso fortuito y la fuerza mayor

Del hecho de un tercero

De la culpa exclusiva de la víctima

Título IV

Del daño y la indemnización de perjuicios

Noción de daño y perjuicio

Capítulo 1

Perjuicios patrimoniales

Noción de perjuicios patrimoniales

Daño emergente

Lucro cesante consolidado

Lucro cesante futuro

Capítulo 2

Perjuicios extrapatrimoniales

Noción de perjuicios extrapatrimoniales

Daño moral

Daño a la salud

Daño a bienes constitucional y convencionalmente amparados

Título V

De la reparación integral

De la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y la garantía de no repetición

De las medidas de reparación simbólicas

Título VI

Disposiciones finales

Vigencia y derogatoria.

Conviene propender por una regulación de origen legal que, de manera complementaria a la jurisprudencia, fije unas reglas que, con vocación de estabilidad, indiquen los parámetros a los que deben sujetarse las reparaciones específicas de los daños que cometa el Estado. Esta es la naturaleza de la presente propuesta.

El objetivo primordial es delimitar la responsabilidad, así como brindar mayor seguridad jurídica para que los jueces en sus providencias resuelvan en equidad los casos, pues como se evidenció en este trabajo al existir una gran base de jurisprudencia cambiante, no es sólido el tema y mucho menos sin sustento legal alguno que enmarque ese camino al que deba ceñirse el juez de lo contencioso administrativo.

Como se dijo en el proyecto de acto legislativo 181 de 2012, es notoria la necesidad de establecer criterios reguladores que le permitan al Estado colombiano controlar deficiencias institucionales y problemas concretos de la cotidianidad. Se trata de reglamentar el artículo 90° de

la Constitución Política a las características propias del Estado social de derecho, en el cual el interés general constituye la razón de ser del funcionamiento del Estado y, por lo mismo, de todas sus políticas públicas (Cámara de Representantes de Colombia, 2012).

Bajo este temario expuesto se considera, podría establecerse una ley que reúna todos los conceptos estudiados y presentados en la jurisprudencia sobre responsabilidad extracontractual del Estado a través de los años, fortaleciendo así el marco jurídico y brindando de más herramientas al juez para estudiar cada caso en concreto.

Conclusiones

La responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia ha tenido grandes avances a través de un sistema pretoriano, donde las altas cortes en cada uno de sus respectivos momentos históricos, como juez de cierre respecto de la competencia para resolver sobre la responsabilidad patrimonial de la administración, ha establecido teorías para la imputación del daño, regímenes de imputación a casos concretos, liquidación de perjuicios, entre otros.

El derecho de responsabilidad estatal colombiano se ha construido sobre las fuentes jurisprudenciales, que se han apoyado en el gran recorrido histórico de reparación a las víctimas, producto del conflicto armado en nuestro país, que históricamente tuvo sus inicios en regímenes administrativos y legislativos de reparación, así como se fue enriqueciendo por las postulados franceses y españoles.

La responsabilidad extracontractual del Estado se elevó a rango constitucional por medio del artículo 90° de la Constitución Política, incorporando los grandes avances en la materia a través de los años, como fuente de garantía para las víctimas y que recoge los elementos jurisprudenciales antropocéntricos que fueron reconocidos por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, pues se exalta como eje de la responsabilidad del daño antijurídico, entendido como el daño que no se está en obligación de soportar.

Colombia tradicionalmente ha hecho parte del Sistema continental, tal y como sucede con todos los países cuyas ciencias jurídicas están formadas sobre la base del Derecho romano. El

sistema jurídico empleado es una columna vertebral que va a servir de base para el desarrollo jurídico del país que lo adopte, no se puede desconocer que, en nuestro país, si bien se ha adopta un desarrollo jurisprudencial bastante fuerte, no se debe desconocer que la base de esas decisiones judiciales obedece a la aplicación de una regla escrita de derecho. Por lo que reglamentar la responsabilidad extracontractual del Estado es acorde a nuestro sistema jurídico tradicional y se armoniza con los preceptos constitucionales sobre la materia, dotando a la ley de fuerza vinculante para los jueces del país.

Las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado son una gran muestra de la búsqueda de uniformidad en la solución de los casos de responsabilidad extracontractual del Estado. De la misma manera es un ejemplo de cómo ante la ausencia de regulación normativa de la responsabilidad, al juez contencioso administrativo le correspondió la tarea de definir parámetros uniformes para la resolución de casos, muestra de ello son las sentencias de unificación de liquidación de perjuicios del 2014.

Ante la iniciativa de reglamentación legislativa sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, se evidenció que varios países han intentado robustecer las herramientas jurídicas con las que cuenta el juez para resolver los casos de una manera uniforme y delimitar los alcances de la responsabilidad. Ejemplo de ello es el caso de Argentina, quien cuenta con una ley de responsabilidad patrimonial del Estado, que desarrollo las nociones de responsabilidad constitucionales de ese país, e inclusive fue más allá e impuso limitaciones a las indemnizaciones a los casos de responsabilidad por la actividad ilegítima de sus agentes.

No cabe duda de que el legislador ante su eventual intervención en la responsabilidad extracontractual del Estado tiene unas limitaciones claras, vistas desde la misma Constitución e imperativos de orden internacional, por lo que la intervención legislativa no puede ser jamás vista como sinónimo de trasgresión de derechos, si no por el contrario como una reglamentación con límites claros y que respete la abundante recopilación jurisprudencial construida a través de los años.

La responsabilidad extracontractual del Estado es materia regulable por el legislador, la misma Corte Constitucional ha establecido que no hay derechos absolutos y son limitables por el legislador, siempre y cuando respeten las garantías constitucionales sobre la materia. Por lo tanto, el derecho de la reparación puede ser limitado y enmarcado en conceptos objetivos a través de una ley.

Se puede establecer que regular una materia tan relevante como la responsabilidad patrimonial del Estado es deber del Estado colombiano, además de significar una garantía real para las víctimas, quienes en un instrumento normativo concreto pueden encontrar tutela judicial efectiva de sus derechos subjetivos, recalando el valor de dotar de más herramientas jurídicas al juez de lo contencioso administrativo para resolver los casos bajo su análisis.

La reglamentación de la responsabilidad extracontractual del Estado tiene por objeto la regulación de un aspecto fundamental desarrollado históricamente en Colombia por la vía jurisprudencial pero que identifica la legal como la más idónea para establecer parámetros que permitan a la administración de justicia contar con una herramienta unificadora de los criterios

para el reconocimiento y tasación de los daños en la persona, cuando sean producto de las acciones u omisiones de las autoridades administrativas.

BLIBLIOGRAFÍA

Doctrina – Libros

Alzate, E. (2020). Responsabilidad del Estado por actos terroristas. Editorial Universidad del Rosario. <https://doi.org/10.12804/urosario9789587845525>.

Arenas Mendoza, H. A. (2018). *El régimen de responsabilidad subjetiva*. Legis.

Arias García, F. (2015). *Derecho Procesal Administrativo*. Bogotá D.C. (2ª. Ed.): Grupo Editorial Ibáñez.

Bustos, J. (1990). *Abolicionismo del sistema penal*. Bogotá: Temis. ISBN: 8482724940.

Fabra Zamora, J. (2013). *Estudio introductorio del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual*. En C. Bernal Pulido, & J. Fabra Zamora, *La Filosofía de la Responsabilidad Civil* (págs. 21-117). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

García Rodríguez, M. (1995). *La responsabilidad del Estado en España y Venezuela. Estudio Comparativo. Perspectivas de la responsabilidad objetiva en Venezuela*. Universidad Complutense de Madrid. <file:///C:/Users/User/Downloads/T20651.pdf>.

Gil Botero, E. (2017). *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Editorial Temis.

- Jiménez, W. G. (2013). Origen y *Evolución de las Teorías sobre la Responsabilidad Estatal*.
Diálogos De Saberes, (38), 63–78. <https://doi.org/10.18041/0124-0021/dialogos.38.2013.1832>
- López Medina, D. (2006). *Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Universidad de los Andes. Legis.
- Peláez Gutierrez J. C. (2015). *Los Límites constitucionales a la intervención legislativa en el derecho de la responsabilidad extracontractual del Estado: ¿una cuestión bastante compleja!*. La Responsabilidad Extracontractual del Estado: ¿Qué? ¿Por qué? ¿hasta dónde? XVI Jornadas internacionales de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. ISBN 9789587723526.
- Poveda, M.A y Agudo, P. (2015). *Clasificación del terrorismo, según sus fines: Ideológico, autóctono, de liberación, nacional e internacional. En la Dirección Nacional de Escuelas de la Policía (Ed.)*. Terrorismo, cuerpos de seguridad y derechos humanos. (pp. 539-562). Panamericana.
- Ramelli Arteaga A. (2003). *La Constitución colombiana y el derecho internacional humanitario*. Universidad Externado de Colombia.
- René D, (2002). *Les grands systèmes du droit contemporain*, 11 edición, Dalloz, Paris.

- Rojas, S. A. (2009). *La responsabilidad extracontractual del estado por ataques terroristas : ¿falla del servicio, riesgo excepcional o daño especial? : una revaluación de la jurisprudencia del Consejo de Estado*. Recuperado de: <http://hdl.handle.net/10554/44993>.
- Ruiz Orejuela, W. (2016). *Responsabilidad del Estado y sus Regímenes*. ECOE Ediciones.
- Suárez, P. (2013). *Acerca de los fundamentos morales de la responsabilidad extracontractual. La Filosofía de la responsabilidad civil* (págs. 154-172). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Tamayo Jaramillo, J., & Jaramillo, C. I. (2012). *El precedente judicial en Colombia. Papel y valor asignados a la jurisprudencia*. Grupo editorial Ibáñez. ISBN: 9789587491159.
- Valencia Tovar A. (1993). *Historia de las Fuerzas Militares de Colombia*. Tomo 3 Editorial Planeta Colombia S.A.
- Videla Escalada, F. (1996) *Derecho Aeronáutico*. Buenos Aires: Editorial Zavalia.
- Watson, Alan. 1993. *Legal transplants an approach to comparative law*. Athens: University of Georgia Press.

Yepes Barreiro A. (2019). *La responsabilidad del Estado por error judicial de las altas cortes*. Editorial Ibáñez. ISBN: 978-956-791-026-1.

Zagrebelsky, G. (2003). *El derecho dúctil*. Ley, derechos, justicia. 5a. ed. Trotta.

Capítulos y Artículos

Arias García, F. (2012). Valor vinculante de las sentencias de unificación del Consejo de Estado: ¿una alteración al sistema de fuentes de derecho en el proceso contencioso administrativo. *Principia Iuris*. ISSN:0124-2067. Recuperado de revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/454/601.

Bedoya Jiménez, C. F. (2008). *Análisis del Riesgo Excepcional y Daño Especial*. Recuperado de <https://es.scribd.com/doc/113993586/>.

Bermejo, J. Lamadrid J, & Galan, O. (2017). Evolución jurídica de la responsabilidad del Estado por actos terroristas en Colombia. *Jurídicas CUC*. hdl.handle.net/11323/2412

Bernal Pulido, C. (2003). La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico colombiano. *Revista Precedente*. <https://doi.org/10.18046/prec.v0.1395>.

Celemin Reyes, L. & R. J. (2004). Responsabilidad extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad. *Universidad Javeriana*.

Contreras Calderón, J. A. (2011). El precedente judicial en Colombia: Un análisis desde la teoría del derecho. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Vol. 41, ISSN 0120-3886. Recuperado a partir de <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/3704>.

García, L. (2004). El sistema Jurídico del *common law*. Preámbulo para una investigación en derecho comparado. *Centro de Investigaciones Socio jurídicas*, 1(2), 71-92. revistasojs.ucaldas.edu.co/index.php/juridicas/article/view/6449.

Henao, J. C. (2015). Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: Hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. *Revista de Derecho Privado*. 28 (jun. 2015), 277–366. doi.org/10.18601/01234366.n28.10.

Hinestrosa, F. 2018. Notas sobre la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones. *Revista de derecho Privado*. 36 (dic. 2018), 5–25. doi.org/10.18601/01234366.n36.01.

Irisarri, C. (2000). El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado Colombiano. Bogotá. *Pontificia Universidad Javeriana*.

Lamoglia, C. M. (2015). La responsabilidad del Estado en Argentina: breve comentario a su régimen legal. *IUSTITIA, Revista de la División de Ciencias Jurídicas y Políticas*. (13), 59-94. <https://doi.org/https://doi.org/10.15332/iust.v0i13.1537>.

López, J. D. (2017). *De la pensión de los soldados profesionales de Colombia: un estudio sobre el reconocimiento del derecho adquirido*. Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia. <http://hdl.handle.net/10983/14846>.

Losano, M.G. (2021). Los grandes sistemas jurídicos, introducción al derecho europeo y extranjero. *Ediciones jurídicas Olejnik*. ISBN: 9789564070209.

Luppi, B., & Parisi, F. (2010). Responsabilidad extracontractual: elementos básicos para una aplicación a países en desarrollo. *THEMIS Revista de Derecho*, (58), 313-319. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9137>.

Martínez Cárdenas, B. (2011). Nueva perspectiva del sistema de derecho continental en Colombia. *Ius et Praxis*. ISSN 0717 – 2877. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122011000200003>.

Navia Arroyo, F. (2000). Responsabilidad Extracontractual del Estado a la Luz del artículo 90° de la Constitución Política, *La Revista de Derecho Privado*. 6 (dic. 2000). revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/659/622.

Pimiento. J. A. (2016). Responsabilidad o solidaridad. El fundamento del deber de reparar en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado. *Revista de Derecho Público*.
[dx.doi.org/10.15425/redepub.36.2016.14](https://doi.org/10.15425/redepub.36.2016.14)

Revista Dinero. (2019). Las billonarias demandas contra el Estado, *Editorial - Tendencias*
<https://www.dinero.com/edicion-impres/pais/articulo/cuanto-cuestan-las-demandas-al-estado-en-colombia/266894>.

Sainz F. (1981). El Tribunal Constitucional alemán declara la nulidad de la Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado, de 28 de junio de 1981. *Revista de Administración Pública*. Nº 98, 1982, 381-396. ISSN 0034-7639.

Viñuela Hojas M. (2006). La responsabilidad del Estado chileno por hechos de la Administración: avances y retrocesos. *Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte*, vol. 13, núm. 1, pp. 171-191. ISSN: 0717-5345. redalyc.org/pdf/3710/371041318008.pdf.

Ylarri, J.S. 2016. La responsabilidad del Estado en Argentina y el alcance de la reparación por su actividad lícita. *Revista derecho del Estado*. 36 (jun. 2016), 331–359. DOI:
<https://doi.org/10.18601/01229893.n36.11>.

Jurisprudencia

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P.

Danilo Rojas Betancourt, sentencia del 8 de junio de 2017, Rad.05001233100020020240101 (45576).

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P.

Danilo Rojas Betancourt, sentencia del 29 de octubre de 2012, Rad. 25000232600019930863201 (18472).

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P.

Hernán Andrade Rincón, sentencia del 30 de marzo de 2016, Rad. 19001233100019990081501 (21515).

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P.

Hernán Andrade Rincón, sentencia del 29 de abril de 2015, Rad. 52001233100019980058001 (32014).

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

sentencia de 22 de octubre de 2012, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Rad. 52001233100020000024001(24070).

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 25 de septiembre de 1997, M.P. Carmen Haydee González de Gómez, Rad. 10392.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 6 de marzo de 2013, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Rad. 73001233100020000063901 (24841).

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 2 de agosto de 2018, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Rad. 440012331000-20100019501 (46734).

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de septiembre de 2015. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Rad. 38522.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de agosto de 2016. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa (E), Rad. 25000232600020150017001 (35352).

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de octubre de 2011. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Rad. 66001233100019980053601(20646).

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de abril de 2012, M.P. Hernán Andrade Rincón, Rad. 19001233100019990081501 (21515).

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de marzo de 2007. M.P. Mauricio Fajardo Gómez, Rad. 47001233100019930351801(15459).

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de abril de 2015. M.P. Hernán Andrade Rincón, Rad. 52001233100019980058001 (32014).

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de noviembre de 2021. M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, Rad. 05001233100020100059901 (51205).

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de mayo de 2001. M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros, Rad. 12212.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 26 de abril de 2007, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, Rad. 25000232600019970500001 (20008).

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 15 de junio del 2000, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Rad. 11688.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de mayo de 2001, M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros, Rad.12212.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 25 de septiembre de 1997, M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros, Rad. 10392.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 12 de julio de 1993, M.P. Carlos Betancur Jaramillo, Rad. 7622

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 21 de noviembre de 2013, M.P. Enrique Gil Botero, Rad. 0500123310001998-0236801 (29764).

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 15 de junio de 2000, M.P. Alier Hernando Hernández Enríquez, Rad. 11688.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 21 de noviembre de 2013, M.P. Enrique Gil Botero, Rad. 29764.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de noviembre de 2021. M.P. José Roberto Sáchica Méndez. Rad. 25000232600020040245801(51522).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-809, 2010. M.P: Juan Carlos Henao Pérez. Bogotá D.C., 8 de octubre de 2010.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-836 de 2001. M.P: Rodrigo Escobar Gil. Bogotá D.C., 9 de agosto de 2001.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-333 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá D.C., 1 de agosto de 1996.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-640 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá D.C., 9 de agosto de 2001.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-816, 2011. M.P. Mauricio González Cuervo. Bogotá D.C. 1 de noviembre de 2011.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-083 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo. Bogotá D.C., 13 de febrero de 2017.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-072 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.
Bogotá D.C., 5 de julio del 2018.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-916 de 2022. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
Bogotá D.C., 29 de octubre de 2002.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-965 de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá
D.C., 21 de octubre de 2003.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-227 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
Bogotá D.C., 30 de marzo de 2009.

Tribunal de Conflictos de Francia. (1873). *Fallo blanco*.

Normatividad

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966). *Pacto internacional de Derechos Civiles y
Políticos*.

Asamblea Nacional Constituyente de Colombia. (1991). *Constitución Política de Colombia*.

Asamblea Nacional Constituyente de Weimar. (1919). *Ley Fundamental del Reich Alemán*.

Cámara de Representantes de Colombia. (2012). *Proyecto de Acto Legislativo número 181*.

Conferencia Interamericana Especializada sobre derechos Humanos. (1978). *Convención Americana de Derechos Humanos*.

Congreso de Diputados de España. (1992). *Ley 30. Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común*.

Congreso de la República de Argentina. (2014). *Ley 26.944 de 2014*.

Congreso de la República de Colombia. (1896). *Ley 169 de 1896*.

Congreso de la República de Colombia. (1913). *Ley 130 de 1913*.

Congreso de la República de Colombia. (1918). *Ley 38 de 1918*.

Congreso de la República de Colombia. (1941). *Ley 167 de 1941*.

Congreso de la República de Colombia. (1993). *Ley 48 de 1993*.

Congreso de la República de Colombia. (1996). *Ley 270 de 1996*.

Congreso de la República de Colombia. (2001). *Ley 678 de 2001*.

Congreso de la República de Colombia. (2011). *Ley 1437 de 2011*.

Congreso Nacional de Chile (2012). *Ley No. 18.695 del 2012*.

Consejo Nacional Constituyente de Colombia. (1886). *Constitución Política de Colombia*.

Cortes Generales de España (1992). *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*.

Gobierno de España. (1978). *Constitución Española de 1978*.

Junta de Gobierno de la República de Chile (1986). *Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado*.

Presidencia de la República de Colombia, Consejería para el Desarrollo de la Constitución, Asamblea Nacional Constituyente. *Sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente*.
Sesión Comisión I, 6 de mayo de 1991.

Presidencia de la República de Colombia. (1964). *Decreto 528 de 1964*.