

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y LEGISLATIVO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

Carlos Mario MOLINA BETANCUR*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Origen de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia*. III. *Evolución reciente de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia*.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando buscamos en Colombia el origen del derecho de la responsabilidad patrimonial del Estado, encontramos que ha sido un dominio casi exclusivamente jurisprudencial y que su avance ha dependido generalmente de la noble iniciativa del juez. Pero esta digna construcción no se la podemos endilgar solamente al Consejo de Estado,¹ puesto que la contribución de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia es tan importante y tan digna como la de su homólogo administrativo.² Así lo demuestran no solamente las normas constitucionales,³ sino también algunas jurispruden-

* Doctor en Derecho Público de la Universidad de París II. Profesor de la Universidad del Rosario, de Bogotá. Investigador de la Universidad de Medellín.

¹ Luna Benítez, Luis Alberto, *Lo contencioso administrativo*, Librería el Profesional, 1981, p. 32.

² Tascón, Tulio E., *Derecho contencioso administrativo*, Minerva, Bogotá, 1942, p. 19; Santofimio, Jaime Orlando, *Tratado de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 324; Saavedra Becerra, Ramiro, *La responsabilidad extra-contractual de la administración pública*, Bogotá, Gustavo Ibáñez, 2003, p. 117.

³ Artículo 151, numeral 3, de la Constitución de 1886, que le atribuía a la Corte Suprema de Justicia la competencia del control jurisdiccional de la actividad del Estado y el artículo 41 del acto legislativo núm. 3 de 1910, que le atribuía también dicha competencia al Consejo de Estado.

cias de ambas Cortes en donde se reconoce el trabajo compartido que construyó progresivamente los fundamentos jurídicos de la responsabilidad extracontractual del Estado.⁴

Para una mejor comprensión del tema que nos ocupa, trataremos de forma sucinta, en primer lugar, las bases jurisprudenciales de la responsabilidad patrimonial del Estado, en lo que concierne a la sola responsabilidad extracontractual de la administración, para luego abordar, en segundo lugar, las bases legales y constitucionales que hicieron posible la afirmación y la evolución de esta interesante construcción jurídica en Colombia.

II. ORIGEN DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO EN COLOMBIA

1. *La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*

A. La responsabilidad extracontractual del Estado: principio de derecho público

En las primeras sentencias que se conocen al respecto,⁵ encontramos una estricta referencia a vagas disposiciones constitucionales y legislati-

⁴ Consejo de Estado (en adelante CE), sentencia del 29 de julio de 1947. Magistrado ponente: Gustavo A. Valbuena. Actor: El Siglo S. A. Copia tomada de los *Anales* del Consejo de Estado, t. LVI, núms. 357-361, pp. 448 y ss.; CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 30 de septiembre de 1960. Copia tomada de los *Anales* del Consejo de Estado, t. LXIII; Corte Suprema de Justicia (en lo sucesivo CSJ). Sentencia del 30 de junio de 1962. Magistrado ponente: José Gómez. Actor: Reinaldo Tinjacá y Aurelio Planeéis. Demandado: Municipio de Bogotá. Copia tomada de la *Gaceta Judicial*, t. XCIX, p. 87; CSJ, sentencia del 30 de junio de 1955. Copia tomada de la *Gaceta Judicial*, t. LXXX, p. 259.

⁵ Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de Colombia (CSF), sentencia del 7 de diciembre de 1864, copia tomada del *Diario Oficial*, año II, núm. 213, martes 3 de enero de 1865, p. 12; CSF, sentencia del 5 de diciembre de 1856, copia tomada del *Diario Oficial*, año III, núm. 527, enero de 1866, p. 11; CSF, sentencia del 3 de enero de 1865, copia tomada del *Diario Oficial*, año II, núm. 222, 13 de enero de 1865, p. 849; CSF, sentencia del 11 de diciembre de 1865, copia tomada del *Diario Oficial*, año III, núm. 531, 9 de enero de 1866, p. 27; CSF, sentencia del 18 de diciembre de 1865, copia tomada del *Diario Oficial*, año III, núm. 537, 16 de enero de 1866, p. 51. Véase Henao Pérez, Juan Carlos, *La responsabilidad extra-contractual del Estado en Colombia. Evolución jurisprudencial 1864-1990*, Bogotá, t. I, vol. 2, p. 683.

vas existentes sobre responsabilidad del Estado,⁶ las cuales no solamente establecían casos particulares de indemnización, como en 1821, sino también ciertos requisitos para acceder a ese derecho, propios de la legislación sobre la guerra⁷ o la expropiación.⁸ Algo muy parecido a las indemnizaciones establecidas por Bolívar para los negros e indígenas, quienes resultaron, por disposición expresa de la Constitución, beneficiados con la adjudicación de títulos sobre tierras baldías y derechos jamás atribuidos por otro gobierno en Colombia.⁹

Una vez instaurada definitivamente la forma de Estado central, la nueva Corte Suprema de Justicia continúa la tradición de la precedente Corte federal,¹⁰ motivada y tal vez influenciada por la guerra civil en la que se encontraba el Estado. En efecto, las referencias a las disposiciones constitucionales y legislaciones puntuales no faltaban en las sustentaciones de las sentencias,¹¹ pero por fuera de éstas era difícil aceptar la responsabilidad del Estado por daños a las personas. Cuando se comenzó a hacer-

⁶ Ley 60 de 1877 y artículo 5o. de la Ley 62 de 1887. “Los empresarios de las vías férreas serán responsables de los daños y perjuicios que causen a las personas o propiedades por razón del servicio de las mismas y que sean imputables al descuido, negligencia o violación de los reglamentos de policía respectivos”.

⁷ CSF, sentencia del 7 de diciembre de 1864, copia tomada del *Diario Oficial*, año III, núm. 213, 3 de enero de 1865, p. 12. También, CSF, sentencia del 3 de enero de 1865.

⁸ CSJ, sentencia del 21 de enero de 1879.

⁹ A partir de 1821 se crean fondos para comprar esclavos a los colonos y luego liberarlos. Aquellos que quedaban bajo la esclavitud merecían un mejor tratamiento gracias a pactos entre el gobierno y los propietarios para que les proporcionaran educación y buena alimentación. De todas maneras, “El Libertador” había dado un plazo de cuarenta años para erradicar completamente la esclavitud. Simón Bolívar quiso así cumplir con su promesa de dar la libertad a todo niño que naciera en tierras liberadas por él. Véase Zubiría, Ramón de, *Breviario del libertador. Un esquema documental básico*, Medellín, Bedout, 1983.

¹⁰ El artículo 151 de la Constitución de 1886 establecía con respecto a la competencia de la Corte Constitucional: “Definir los negocios contenciosos en que tenga parte la nación”.

¹¹ Generalmente se referían en sus sentencias a los artículos 30, 31 (creado por acto legislativo núm. 1 de 1936) y 33 de la Constitución Política de 1886, para los casos de indemnización en tratándose de expropiación por motivos de utilidad pública, de indemnización en favor de las personas que fueran privadas del ejercicio de una actividad lícita como consecuencia de la creación de un monopolio estatal, de la indemnización para la expropiación en los casos de guerra, para atender el restablecimiento del orden público y mucho después en la Ley 38 de 1918 para casos de responsabilidad por los daños producidos con la ocupación de inmuebles por motivo de trabajos públicos.

lo, se echó mano de la legislación civil que trataba los casos de responsabilidad directa e indirecta de los particulares,¹² pero siempre haciendo referencia a que la responsabilidad del Estado por daños a las personas era un principio de derecho público.

En efecto, para la Corte Suprema de Justicia era claro que “si bien es cierto que el Estado no es susceptible de responsabilidad penal, sí está obligado a las reparaciones civiles por los daños que resulten de un delito imputable a sus funcionarios públicos, cuando no es posible que éstos los resarzan con sus bienes”.¹³ Más concretamente, refiriéndose al derecho público expresa que “la responsabilidad del Estado en todo tiempo, pero especialmente en épocas de guerra civil, por los actos ejecutados por sus agentes, es un principio de derecho público, reconocido universalmente, y los citados artículos 2341 y 2347 del Código Civil lo establecen de una manera indudable”.¹⁴

Sin embargo, habría que esperar la evolución de la responsabilidad administrativa en Francia (fallo Blanco del Tribunal de Conflictos de 1873 y fallo Cadot del Consejo de Estado de 1889)¹⁵ para que comenzara a establecerse en Colombia un verdadero régimen de responsabilidad extracontractual del Estado por fuera de los casos expresamente consagrados en la Constitución y en algunas leyes puntuales.

B. Los fundamentos privados de la responsabilidad extracontractual del Estado

Desde el momento en que la Corte Suprema de Justicia comienza a separarse de las estipulaciones constitucionales y legales muy puntuales de la responsabilidad del Estado, se empiezan a forjar conceptos jurisprudenciales propios para garantizar una más amplia posibilidad de indemnización.¹⁶ Es de esta forma que comienzan a ingresar fundamentos más

¹² Artículos 2341, 2347 y 2349 del Código Civil colombiano.

¹³ CSJ, sentencia del 22 de octubre de 1896, copia tomada de la *Gaceta Judicial*, t. II, p. 357.

¹⁴ CSJ, sentencia del 20 de octubre de 1898, copia tomada de la *Gaceta Judicial*, año XIV, núms. 685-686, 28 de marzo de 1890, pp. 54-57.

¹⁵ Paillet, Michel, *La responsabilidad administrativa*, trad. y estudio de Jesús María Ballesteros, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 43 y ss.

¹⁶ Pareja, Carlos H., *Curso de derecho administrativo teórico y práctico adaptado especialmente a la administración pública colombiana*, Bogotá, 1940, p. 489.

generales basados en los artículos 2341,¹⁷ 2347,¹⁸ y 2349¹⁹ del Código Civil; específicamente con fundamento en las herramientas de interpretación que le brindaba a los jueces la legislación de la época, como el artículo 80. de la Ley 153 de 1887, el cual permitía que cuando no hubiera ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarían las leyes que regularan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho. Pero también se comenzó a echar mano de artículo 48 de la misma Ley, que establecía que los jueces o magistrados que rehusaren juzgar, pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirían en responsabilidad por denegación de justicia.

Es cierto que en un primer tiempo la Corte Suprema, extrapolando la reflexión al derecho público, fundamentó la responsabilidad extracontractual del Estado de forma indirecta en la presunción objetiva de culpa *in eligiendo* y culpa *in vigilando* de la administración, establecidas para la responsabilidad civil extracontractual en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil.²⁰ Seguramente basada en la evolución mundial sobre la personalidad jurídica, de la cual Jellinek es un importante autor, quien establecía que ésta no solamente tenía la potestad de elegir a sus agentes sino también la obligación de vigilar la actividad que ejercen éstos como dependientes o subordinados.²¹ De esta forma, cada que un agente come-

¹⁷ “Artículo 2341. Responsabilidad extracontractual. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.

¹⁸ “Artículo 2347. Responsabilidad por el hecho ajeno. Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cargo”.

¹⁹ “Artículo 2349. Daños causados por los criados o sirvientes. Los amos responderán del daño causado por sus criados o sirvientes, con ocasión del servicio prestado por estos a aquellos; pero no respondían si se probare o apareciere que en tal ocasión los criados o sirvientes se han comportado de un modo impropio, que los amos no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso recaerá toda responsabilidad del daño sobre dichos criados o sirvientes”.

²⁰ Véase el recuento en CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia del 28 de octubre de 1976, expediente 1482. Actor: Banco Bananero del Magdalena. Demandado: nación.

²¹ CSJ, sentencia del 19 de julio de 1916, copia tomada de la *Gaceta Judicial*, t. XXV, 1294 y 1295, p. 304; CSJ, Sala de Negocios Generales, sentencia del 17 de junio de 1938, copia tomada de la *Gaceta Judicial*, t. XLVI, 1937, p. 686; CSJ, sentencia del 3 de febre-

ta una falta por la que no puede responder, será el mandatario o contratista quien responda por ella.²² Pero rápidamente, la misma Corte, con la evolución de la teoría del servicio público en Francia, utiliza razonamientos subjetivos de responsabilidad directa, fundada particularmente en el artículo 2341 del Código Civil.²³ Esta evolución dará pie para que algunos autores²⁴ clasifiquen la jurisprudencia de la Corte Constitucional con base en la aplicación de la “teoría organicista”²⁵ y la “falla del servicio”.²⁶

Para la primera,²⁷ aplicada aproximadamente hasta los años cuarenta, cuando interviene la reforma legislativa de 1941,²⁸ la Corte estableció un fundamento más simple basado en el argumento según el cual si en toda entidad jurídica, privada o pública, hay agentes representativos y depositarios de la voluntad de la persona moral, la culpa que se les atribuye por la comisión de un daño repercute directamente sobre la entidad moral, dado el carácter representativo que ostentan. Para la Corte subsistía el factor culpa como causa generadora de la responsabilidad, y debe por lo tanto probarse que el hecho dañoso y concreto pertenece a un agente de-

ro de 1940, magistrado ponente: Liborio Escallón; CSJ, sentencia del 30 de junio de 1941, copia tomada de la *Gaceta Judicial*, t. LII, 1977, p. 115.

²² Véase artículo 2347 del Código Civil.

²³ CSJ, sentencia del 30 de junio de 1962.

²⁴ Entre otros: Saavedra Becerra, Ramiro, *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*, Bogotá, Librería Ibáñez, 2003; Parra Gutiérrez, William René, *Responsabilidad patrimonial estatal, daño antijurídico*, Bogotá, Universidad Autónoma de Colombia, 2003.

²⁵ CSJ, sentencias del 15 de mayo de 1944, del 27 de octubre de 1947, del 16 de abril de 1955, del 6 de diciembre de 1959, del 10. de septiembre de 1960 y del 14 de abril de 1961.

²⁶ CSJ, Sala de Casación Civil, sentencia del 21 de agosto de 1939.

²⁷ CSJ, sentencia del 30 de junio de 1962. Magistrado ponente: José J. Gómez. Actor: Reinaldo Tinjacá y Avelio Planeéis. Demandado: Municipio de Bogotá. Copia tomada de la *Gaceta Judicial*, t. XCIX, p. 87.

²⁸ Ley 67 de 1941: “Artículo 67. La persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo podrá pedir que además de la anulación del acto se le restablezca en su derecho. La misma acción tendrá todo aquel que se hubiere hecho parte en el juicio y demostrado su derecho. Artículo 68. También puede pedirse el restablecimiento del derecho cuando la causa de la violación es un hecho o una operación administrativa. En este caso no será necesario ejercitar la acción de nulidad, sino demandar directamente de la administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes”.

terminado o no del Estado. Si la administración quiere liberarse de dicha inculpación debe probar un factor extraño: fuerza mayor, caso fortuito (equivalentes estos dos últimos conceptos para el juez civil colombiano), hecho de un tercero o culpa de la víctima, o también tenía la posibilidad de esperar la garantía de prescripción de la acción contra la persona moral conforme a las reglas generales establecidas por el Código Civil.

En cambio, para la segunda categoría²⁹ la Corte consideró que el daño originado por irregularidades o deficiencias de los servicios públicos debía ser reparado directamente por la administración. Esto por cuanto la consideración según la cual la culpa imputable al agente encargado de poner en actividad dichos servicios era secundaria, ya no tenía ningún fundamento, la base de la responsabilidad no podía consistir en la falta de selección del personal o en la vigilancia de éste, sino en la selección y vigilancia del servicio.³⁰ Para la Corte, se sustituye la noción de presunción de culpa individual del agente por una más general y favorable para el administrado como la de falla del servicio;³¹ es decir, presunción de culpa anónima de la administración. Para responsabilizar a la administración, la Corte exige de la víctima que demuestre la falla y el daño que le produjo la actividad o la omisión del Estado. Pero la Corte no abandona completamente la atribución de culpa personal del agente; éste puede responder de forma solidaria con la administración, si se logra identificar su culpa. Para la Corte, los eximentes de la responsabilidad serán los mismos: fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa

²⁹ CSJ, Sala de Negocios Generales, sentencia del 2 de octubre de 1947, copia tomada de la *Gaceta Judicial*, t. LXIII, núms. 2053 y 2054, p. 471; CSJ, sentencia del 2 de marzo de 1948, copia tomada de la *Gaceta Judicial*, t. LXIII, núms. 2057 y 2058, p. 397.

³⁰ Desde esta época se empieza a cuestionar el fundamento indirecto de la responsabilidad civil. CSJ, sentencia del 21 de agosto de 1939. Magistrado Ponente: Hernán Salamañca. “Esta teoría de la responsabilidad por otro, para justificar la del Estado, cuando causa daño como agente de los servicios públicos derivados de los principios del derecho civil, que consagra la responsabilidad de los hechos culposos de los dependientes, está revaluada por la nueva concepción que quiere fundar la responsabilidad culposa de un concepto objetivo principalmente, equivalente al deber del Estado de reparar los daños que cause a los ciudadanos por el funcionamiento inadecuado de los servicios públicos con secundaria consideración a la falta o culpa imputable a los agentes encargados ilegalmente de poner en actividad esos servicios”.

³¹ Véase Henao, Juan Carlos, *El daño*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, “Presentación general de la responsabilidad extra-contractual en Colombia”, *Jornadas Colombo-Venezolanas de Derecho Público*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

de la víctima.³² Si se encuentra que los actos u omisiones del agente están por fuera del servicio, éstos generarían responsabilidad personal exclusiva del agente.

Pero en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, la Corte Suprema de Justicia no se queda solamente en el régimen de la culpa probada. Explora también el régimen de la culpa presunta, fundamentándola especialmente en el artículo 2356 del Código Civil.³³ Para la Corte, sobre todo en casos de daños producto de una actividad peligrosa del Estado, corresponde al agente negligente, imprevisto o descuidado, demostrar que no cometió dicha falta; salvo si interviene fuerza mayor o caso fortuito o de algún elemento extraño. En estos casos se invierte la carga de la prueba a favor del perjudicado para permitir un mejor resultado en la consecución de la prueba.³⁴ Aún más osada, la Corte tratará de establecer un régimen de responsabilidad objetiva sin falta, en épocas en donde todavía la teoría de la desigualdad entre las cargas públicas en Colombia estaba por construirse.³⁵

³² CSJ, sentencia del 2 de abril de 1943. Magistrado Ponente: Aníbal Cardozo Gaitán. “Las entidades públicas o privadas que tienen a su cargo los servicios de transporte de personas, adquieren con éstas la obligación de conducirlos a sus destino en las mismas condiciones que las reciben, y si ello no ocurre, entonces se hacen responsables de los perjuicios que causen, conforme se desprende de los mandatos contenidos en los artículos 2072 del Código Civil, 322 del Código de Comercio y 26 de la Ley 76 de 1920, responsabilidad de la que sólo se libera la empresa o entidad transportadora cuando demuestra que tomó la diligencia y cuidado suficiente y que el accidente sufrido tuvo origen en la fuerza mayor o caso fortuito, o que se debió a la culpa de la víctima de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 1604 y 1557 del Código Civil”.

³³ Artículo 2356 del Código Civil: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta. Son especialmente obligados a esta reparación: 1) el que dispara imprudentemente un arma de fuego; 2) el que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche; 3) el que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino”.

³⁴ “La teoría del riesgo, según la cual, al que lo crea se le tiene por responsable, mira principalmente a ciertas actividades por los peligros que implican inevitablemente anexos a ellos y mira la dificultad que suele llevar a imposibilidad de levantar las respectivas probanzas”. CSJ, sentencia del 14 de marzo de 1938, copia tomada de la *Gaceta Judicial*, t. XLVI, núm. 1934, pp. 215 y 216; CSJ, sentencia del 18 de mayo de 1938, copia tomada de la *Gaceta Judicial*, t. XLVI, núm. 1936, pp. 517 y ss.

³⁵ “Con prescindencia del elemento culpabilidad, se afirmará el reconocimiento del perjuicio en el principio de la igualdad de las cargas y los sacrificios por parte de todos

En algunos casos de extrema peligrosidad de una actividad del Estado, la Corte acepta claramente un régimen de presunción de responsabilidad.³⁶

La posición de la Corte Suprema con respecto a la responsabilidad extracontractual del Estado, basada en normas propias del Código Civil, se aplicó hasta los inicios de los años sesenta. En efecto, la aplicación del Código Civil como fundamento normativo de la obligación indemnizatoria comenzó a decaer con la reforma legislativa de 1964, en donde se le atribuyen al Consejo de Estado las competencias propias en materia de responsabilidad del Estado.³⁷

2. La jurisprudencia del Consejo de Estado

A. Fundamentos constitucionales de la jurisprudencia administrativa en materia de responsabilidad extracontractual del Estado

Bastante lógica resulta la posición del Consejo de Estado al sustentar la originalidad que debería tener el fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. La Constitución de 1886 serviría de soporte jurídico a la jurisdicción contenciosa administrativa para ale-

los ciudadanos para el cumplimiento de los fines sociales del Estado”. CSJ, Sala de Negocios Generales, sentencia del 2 de octubre de 1947.

³⁶ “De acuerdo a la noción de riesgo inherente a determinadas personas por la peligrosidad que ellas ofrecen, la Corte en numerosos fallos ha sostenido la doctrina de que existe una presunción de responsabilidad en contra de tales empresas, según el artículo 2356 del Código Civil, la cual no puede desvirtuarse sino con la demostración plena de que el hecho ocurrió por fuerza mayor o caso fortuito, imprevisible e inevitable”. CSJ, sentencia del 25 de noviembre de 1938. Magistrado ponente: Ricardo Hinestroza Daza; CSJ, Sala de Negocios Generales, sentencia del 18 de abril de 1939; CSJ, sentencia del 15 de junio de 1949. Magistrado ponente: Belisario Agudelo; CSJ, sentencia del 24 de junio de 1942. Magistrado ponente: Liborio Escallón; CSJ, sentencia del 3 de agosto de 1949. Magistrado ponente: Germán Alvarado.

³⁷ La CSJ sigue, sin embargo, conociendo de la responsabilidad del Estado por expropiación, ocupación temporal de inmuebles, situaciones de hecho, vías de hecho y omisiones. Por excepción, el CE conoce de los litigios de la Ley 38 de 1918. Pero también la Corte conocerá de los conflictos por daños que surjan de la aplicación de los actos y hechos de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta (artículo 31 del Decreto 3130 de 1968).

jar definitivamente el fundamento sobre la responsabilidad del Código Civil que había establecido la jurisdicción ordinaria.³⁸

El fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado serviría para fundamentar los distintos regímenes de responsabilidad que desarrollaría el Consejo de Estado a partir de 1964, lo que explica la constante alusión de la jurisprudencia a que la responsabilidad del Estado surgiría de los artículos 16, 30, 31 y 36 de la Constitución de 1886.³⁹

Artículo 16. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes y para asegurar el cumplimiento de los deberes del Estado y el de los particulares.

Artículo 31. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública resultase en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el derecho privado deberá ceder al interés público. Pero las expropiaciones que sea preciso hacer requieren plena indemnización con arreglo en el artículo siguiente.

Artículo 32. En tiempo de paz nadie podrá ser privado de su propiedad en todo ni en parte, sino por pena o apremio o indemnización o contribución general, con arreglo a las leyes.

Actos legislativos núms. 6 de 1905 y 1 de 1936. Por graves motivos de utilidad pública, definidos por el legislador, podrá haber lugar a enajenación forzosa, mediante mandamiento judicial y se indemnizará el valor de la propiedad antes de verificar la expropiación.

Artículo 33. En caso de guerra y sólo para atender el restablecimiento del orden público, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por autoridades que no pertenezcan al orden judicial y no ser previa la indemnización... la nación será siempre responsable por las expropiaciones que el gobierno haga por sí o por medio de sus agentes.

Sin embargo, entre la consolidación del fundamento constitucional y la doctrina jurisprudencial tuvieron que desarrollarse varias etapas juris-

³⁸ “En la Constitución nacional se echaron las bases de las ideas analizadas y en el Código Contencioso Administrativo se desarrollaron ampliamente, estructurándose así un sistema jurídico autónomo y congruente sobre responsabilidad del Estado, que hizo inoperante en estas materias la reglamentación del derecho privado”. CE, sentencia del 2 de noviembre de 1960. Magistrado Ponente: Carlos Gustavo Arrieta.

³⁹ CE, sentencia del 27 de junio de 1991, expediente 6454. Actores: Edgar Pérez Rodríguez y otra.

prudenciales para que se estableciera en Colombia una adecuada autonomía del fundamento de derecho público de la responsabilidad extracontractual del Estado.

B. Consolidación jurisprudencial de los fundamentos de la responsabilidad extracontractual del Estado

La consolidación jurisprudencial del fundamento propio de derecho público en materia de responsabilidad extracontractual del Estado nos viene a través de tres grandes etapas.

En primer lugar, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, encabezada por el Consejo de Estado, desarrolla un régimen común de responsabilidad extracontractual del Estado por daños causados a terceros. Fundado seguramente en el legado jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, la jurisdicción administrativa determina desde sus primeros fallos de responsabilidad que es la administración quien debe responder por las fallas que se le imputan a sus agentes en el ejercicio cotidiano de la actividad pública. Para una mejor imputación de la responsabilidad se tendrá en cuenta si la administración, dentro de sus obligaciones, no actuó cuando debía hacerlo,⁴⁰ actuó de forma incorrecta o indebida,⁴¹ o lo

⁴⁰ Por ejemplo, en materia de tránsito: CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia del 7 de diciembre de 1944. Magistrado ponente: Carlos Portocarrero. Actor: Flota La Macarena. Expediente 1564. Copia tomada de los *Anales* del Consejo de Estado t. XCIII, núms. 455-456, p. 605. También podría ser el típico caso de la falta de asistencia de la fuerza pública: CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia del 19 de septiembre de 1980. Magistrado ponente: Carlos Betancur Jaramillo. Expediente 2415. Actor: Misael Ruíz. Copia tomada de los *Anales* del Consejo de Estado, t. XLV, p. 448.

⁴¹ Por ejemplo, cuando comete daños en un inmueble (CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia del 24 de junio de 1965. Magistrado ponente: Alejandro Domínguez Molina. Copia tomada de los *Anales* del Consejo de Estado, t. LXIX, núms. 407-408, p. 441), cuando explota un vehículo cargado de dinamita (CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección primera, sentencia del 22 de febrero de 1966. Magistrado ponente: Jorge de Velasco Álvarez. Copia tomada de los *Anales* del Consejo de Estado, ts. LXX-LXXI, núms. 409-412), en el caso de mal mantenimiento de vías públicas (CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia del 22 de septiembre de 1966. Magistrado ponente: Guillermo González Charry. Copia tomada de los *Anales* del Consejo de Estado, ts. LXX y LXXI, núms. 409-412, p. 830), o también la conocida mala utilización de la fuerza pública (CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia del 28 de abril de 1967. Magistrado ponente:

hizo bien pero tardíamente.⁴² Esto con la salvedad rigurosa del Consejo de Estado en cuanto a que en la atribución de responsabilidad a la administración no interesaba determinar el agente o agentes encargados de prestar el servicio, salvo si se establecía una falta personal. Igualmente se estableció desde un principio que el derecho a indemnización dependería de tres elementos: existencia de una falla o falta en el servicio, un daño por actividad, omisión o hechos de la administración, evidencia de un perjuicio sufrido por la víctima del daño y una adecuada relación de causalidad entre el daño y la falla de la administración.⁴³ La sola manera de librarse de dicha atribución de responsabilidad es, para la administración, el demostrar que en su actuar intervino una causal eximente, tal como la fuerza mayor, el caso fortuito, la culpa de un tercero o la falta de la víctima.⁴⁴

En segundo lugar, desde 1989 el Consejo de Estado comienza a explorar un régimen diferente al de la falla probada para mejorar no solamente la obtención de la prueba sino también para ser mucho más justos con las víctimas de ciertas actividades del Estado. De acuerdo con los mismos fundamentos establecidos en Francia después de la Segunda Guerra Mundial, el Consejo de Estado colombiano tendrá en cuenta el crecimiento desmesurado de las actividades del Estado, la evolución vertiginosa de la tecnología y la dificultad para las víctimas de ciertos daños de reconstruir los hechos al momento de demostrar un daño. Por ello establecerá tímidamente un régimen de responsabilidad basado en la presunción de la falta en los casos particulares de la actividad operativa de

Carlos Portocarreño Mutis. Copia tomada de los *Anales* del Consejo de Estado, t. LXXII, núms. 413-414, p. 257).

⁴² Por ejemplo, en el pago de un dinero (CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia del 6 de octubre de 1977. Magistrado ponente: Jorge Valencia Arango. Actor: Sociedad Constructora Hispano Colombiana de Maquinarias Ltda.) o en el caso de la entrega de un diploma educativo (CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia del 30 de mayo de 1985. Actor: Rubén Darío Cardona. Tomada de los *Anales* del Consejo de Estado, t. CVIII, núm. 485, p. 521).

⁴³ CE, sentencia del 28 de octubre de 1976.

⁴⁴ CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia del 28 de abril de 1967. Magistrado ponente: Carlos Portocarreño Mutis. Tomada de los *Anales* del Consejo de Estado, t. LXXII, núms. 413-414, p. 257; CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia del 20 de febrero de 1989. Magistrado ponente: Antonio Irisarri Restrepo. Expediente 4655.

la policía, de la conducción de vehículos oficiales y de la actividad médica.⁴⁵

Para la jurisdicción contencioso administrativa, era para la administración mucho más cómodo y para la víctima mucho más justo que se invirtiera la carga de la prueba a favor del demandante en los particulares casos de accidentes con armas de dotación oficial,⁴⁶ así como en los perjuicios ocasionados con vehículos automotores de carácter oficial,⁴⁷ así como los daños causados a personas sometidas a la prestación del servicio militar obligatorio,⁴⁸ los producidos por muertes y lesiones de personas detenidas en las cárceles⁴⁹ y posteriormente en los accidentes producidos en intervenciones médicas.⁵⁰ Para poder liberarse de dicha carga, la administración deberá demostrar que actuó con la debida diligencia y cuidado o que intervino a su favor una eximente de responsabilidad: caso fortuito, fuerza mayor, intervención de un tercero o de la misma víctima.

En tercer lugar, el Consejo de Estado desarrollará lentamente un régimen de responsabilidad mucho más favorable para la víctima, por cuanto no era necesario demostrar la intervención de una falta de la administración, sea ésta presunta o probada, sino más bien el establecimiento de una responsabilidad objetiva por presunción de responsabilidad. Aunque este tipo de responsabilidad ya había sido implementado en casos de actividades peligrosas tanto por la Corte Suprema de Justicia⁵¹ como por el

⁴⁵ CE, sentencia del 30 de julio de 1992, expediente 6897.

⁴⁶ CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia del 31 de julio de 1989. Magistrado ponente: Antonio José Irisarri. Actor: Jorge Arturo Herrera Velásquez. Expediente 2852, p. 252. Copia tomada de los *Anales* del Consejo de Estado, t. CIV, p. 276.

⁴⁷ CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia del 19 de diciembre de 1989. Magistrado ponente: José de Irisarri. Expediente 4484. Actora: Rosa Elena Franco Vda. de Bernal. Copia tomada de los *Anales* del Consejo de Estado, t. CXII, p. 212.

⁴⁸ CE, sentencia del 3 de marzo de 1989, expediente 5290; CE, sentencia del 28 de abril de 1989, expediente 3852; CE, sentencia del 25 de octubre de 1991, expediente 6465.

⁴⁹ CE, sentencia del 5 de marzo de 1991, expediente 6691.

⁵⁰ CE, sentencia del 24 de octubre de 1990, expediente 5902; CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia del 30 de julio de 1992. Magistrado ponente: Daniel Suárez Hernández. Expediente 6897. Actor: Gustavo Eduardo Ramírez; CE, sentencia del 13 de noviembre de 1997, expediente 10774.

⁵¹ CSJ, sentencia del 25 de noviembre de 1938. Magistrado ponente: Ricardo Hines-trosa Daza; CSJ, Sala de Negocios Generales, sentencia del 18 de abril de 1939; CSJ,

Consejo de Estado,⁵² habría que esperar un avance más significativo de la Constitución y de la legislación para que la jurisdicción de lo contencioso administrativo avanzara en este tipo de responsabilidad.⁵³

En efecto, la intervención del artículo 90 de la Constitución de 1991, precedida por la modificación de la indemnización por reparación directa a través del artículo 16 del Decreto 2304 de 1989, del artículo 31 de la Ley 446 de 1998 y de la Ley 270 de 1996, permitirán de forma más clara y contundente que el Consejo de Estado establezca una reparación de los daños cometidos por la administración de forma diligente, sin mediación de una falla en el servicio.⁵⁴ Esto fue posible, sobre todo, en actividades históricamente reconocidas por ser expresiones vivas de la soberanía y por ende irresponsables, tales como la actividad legislativa⁵⁵ o de justicia.⁵⁶

III. EVOLUCIÓN RECIENTE DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN COLOMBIA

1. *Establecimiento de los fundamentos legislativos de responsabilidad extracontractual del Estado colombiano*

La consolidación jurisprudencial del fundamento propio de derecho público en materia de responsabilidad extracontractual del Estado nos viene a través de tres grandes etapas.

Retomando la decisión del Constituyente de 1886, la reforma legislativa de 1913 creó la jurisdicción de lo contencioso administrativo sin darle competencias propias en materia de responsabilidad. Es sólo con la

sentencia del 15 de junio de 1949. Magistrado ponente: Belisario Agudelo; CSJ, sentencia del 24 de junio de 1942. Magistrado ponente: Liborio Escallón; CSJ, sentencia del 3 de agosto de 1949. Magistrado ponente: Germán Alvarado.

⁵² CSJ, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 4 de septiembre de 1947, copia tomada de los *Anales* del Consejo de Estado, t. LVII, núms. 362-366, p. 501; CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 20 de marzo de 1956, copia tomada de los *Anales* del Consejo de Estado, t. LXI, núms. 382-386, p. 406.

⁵³ CE, sentencia del 27 de junio de 1991, expediente 6454. Actores: Edgar Pérez Rodríguez y otra.

⁵⁴ CE, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 14 de febrero de 1995. Magistrado ponente: Consuelo Sarria Olcos. Expediente S-123.

⁵⁵ CE, sección tercera, sentencia del 24 de agosto de 1992, expediente 6754.

⁵⁶ CE, sección tercera, sentencia del 30 de julio de 1992, expediente 6897.

Ley 38 de 1918 en donde se le atribuye al juez administrativo la primera competencia en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, exceptuando los eventos de expropiación en caso de guerra a que hacía referencia el artículo 33 de las Constitución de 1886.⁵⁷ La mencionada ley determinó que el Estado respondería patrimonialmente cuando cometa, en el ejercicio de su actividad cotidiana por razón de trabajos públicos, un daño o una ocupación temporal de una propiedad inmueble. Esto sin necesidad de investigar falta o falla de la administración.

En un primer intento por establecer una competencia general en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, la Ley 80 de 1935 adopta la acción de plena jurisdicción que persigue principalmente la indemnización o la reparación de los daños causados como consecuencia de actuaciones de la administración. Después, los artículos 67, 68 y 261 a 269 de la Ley 167 de 1941⁵⁸ establecían que la jurisdicción contencioso administrativa era competente para conocer de la acción de restablecimiento del derecho, sin mediar declaración de nulidad previa,⁵⁹ cuando la violación de un derecho provenía de un hecho u operación de la administración. Igualmente en los casos de responsabilidad por los daños producidos con la ocupación temporal o permanente de inmuebles por motivo de trabajos públicos.⁶⁰ Por su parte, el artículo 2o. del Decreto ley 630

⁵⁷ El artículo 1o. hace referencia a las expropiaciones y a los daños causados a los administrados, y el artículo 2o. le da la competencia al CE.

⁵⁸ “Artículo 67. La persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo podrá pedir que además de la anulación del acto se le restablezca en su derecho. La misma acción tendrá todo aquel que se hubiere hecho parte en el juicio y demostrado su derecho. Artículo 68. También puede pedirse el restablecimiento del derecho cuando la causa de la violación es un hecho o una operación administrativa. En este caso no será necesario ejercitar la acción de nulidad, sino demandar directamente de la administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes”. *Diario Oficial*, Bogotá, núm. 24853, 7 de enero de 1942.

⁵⁹ CE, sentencia del 30 de marzo de 1943, copia tomada de los *Anales* del Consejo de Estado, núm. 323, p. 145.

⁶⁰ En sentencia del 20 de junio de 1955 la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de funciones de tribunal de control de constitucionalidad, había declarado la inexistencia parcial de tales normas, relacionada con la *ocupación permanente*, por estimar que tales eventos debían ser competencia de la jurisdicción ordinaria. Véase Betancur Jaramillo, Carlos, “Las acciones contenciosas administrativas contractual y de responsabilidad y el proceso ordenatorio”, *Curso internacional de derecho procesal administrativo*, Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario-Academia Colombiana de Jurisprudencia, Ediciones Rosaristas, 1980, p. 141.

de 1942 disponía que el Estado era responsable por las mercancías almacenadas en bodegas oficiales, desde la fecha de su recibo hasta la de su retiro en forma legal o su abandono voluntario o legal, salvo fuerza mayor o culpa de la víctima derivada del empaque defectuoso o inadecuado, inconsistente o mal confeccionado.

A su turno, el artículo 86 del actual Código Contencioso Administrativo (Decreto legislativo 1 de 1984) dispone:

La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa 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. Las entidades públicas deberán promover la misma acción cuando resulten condenadas o hubieren conciliado por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o ex servidor público que no estuvo vinculado al proceso respectivo. O cuando resulten perjudicados por la actuación de un particular o de otra entidad pública.⁶¹

Si estas normas de procedimiento administrativo sirven de base legal para que el juez administrativo fundamente un principio legislativo de derecho público cuando se trata de responsabilizar al Estado por daños ocasionados en el obrar diario de sus funciones, no está por demás echar una rápida mirada a otras normas conexas que le permiten a la jurisdicción de lo contencioso administrativo un mejor fundamento de sus jurisprudencias. Ejemplo claro lo representa la Ley 270 de 1996, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que dispuso, en su artículo 65, lo siguiente: “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 res-

⁶¹ Código Contencioso Administrativo, Decreto 1 de 1984, Bogotá, Legis, 1996, modificado en un primer tiempo por el Decreto 2304 de 1989 y luego por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998. *Diario Oficial*, núm. 43335, del 8 de julio de 1998. Con la entrada en vigencia de la Ley 640 de 2000, es necesario realizar conciliación previa como requisito de procedibilidad de la acción. Sin embargo, no se ha puesto en vigencia por el momento, no solamente por la falta de reglamentación, sino también por la falta de recursos para implementar en los centros de conciliación el número adecuado de conciliadores. Igualmente, con la vigencia de la Ley 678, del 3 de agosto de 2001, se reglamenta la posibilidad para el Estado de repetir contra sus agentes.

ponderará por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad”.

En su artículo 66 se definió el error jurisdiccional como aquel que comete “una autoridad investida de la 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 artículo 67, a su vez, dispuso que tal error se sujetará a dos presupuestos: 1) el afectado debe haber interpuesto los recursos de ley, excepto en los casos de privación de la libertad cuando ésta se produzca en virtud de una providencia judicial, y 2) la providencia contentiva del error deberá estar en firme. Por último, el artículo 70, en concordancia con el artículo 90 de la Constitución de 1991, dispone que el daño se entiende causado por la culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley, y prevé que en estos eventos el Estado quedará exonerado de responsabilidad.

También existen algunas normas del Código Penal, como el artículo 68, sobre la privación injusta de la libertad, que establece que quien la haya sufrido podrá demandar al Estado reparación de perjuicios. Artículos en estrecha relación con los artículos 242 y 414 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991), así como los artículos 65 y siguientes de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia.

De igual relevancia resulta el artículo 242 del Código de Procedimiento Penal que regula las consecuencias de la cesación de procedimiento y la sentencia absolutoria proferidas dentro del trámite de la acción de revisión, y dispone que, en tales casos, el sindicado o sus herederos podrán demandar la restitución de lo pagado, sin perjuicio de las demás acciones que se deriven del acto injusto, y que habrá lugar a solicitar la responsabilidad del Estado. El artículo 232 de dicho Código dispone que la acción de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas, en los siguientes casos:

- 1) Cuando se haya condenado o impuesto medida de seguridad a dos o más personas por un mismo delito que no hubiese podido ser cometido sino por una o por un número menor de sentenciados.
- 2) Cuando se hubiere dictado sentencia condenatoria o que imponga medida de seguridad en proceso que no podía iniciarse o proseguirse por prescripción de la acción, por falta de querella o petición vá-

lidamente formulada, o por cualquier otra causal de extinción de la acción penal.

- 3) Cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado o su imputabilidad.
- 4) Cuando con posterioridad a la sentencia se demuestre, mediante decisión en firme, que el fallo fue determinado por un hecho delictivo del juez o de un tercero.
- 5) Cuando se demuestre, en sentencia firme, que el fallo objeto de pedimento de revisión se fundamentó en prueba falsa.
- 6) Cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria.

Prevé esta norma, además, que lo dispuesto en los numerales 4 y 5 se aplicará también en los casos de cesación de procedimiento y preclusión de la investigación.

Por último, el artículo 414 del mismo Código dispone que:

Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave.

Con este arsenal normativo, que no es sino parcial, el juez administrativo puede fundamentar más fácilmente el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado sobre un principio de derecho público.

2. Fundamentos constitucionales de la responsabilidad extracontractual del Estado a partir de 1991

Los fundamentos constitucionales de la responsabilidad extracontractual del Estado son hoy evidentes y sin contestación. El origen del artículo 90 de la Constitución de 1991 lo encontramos, sin lugar a duda, en el antiguo artículo 16 de la Constitución de 1886 que sirvió de base, primero a la Corte Suprema de Justicia y luego al Consejo de Estado, para

construir lentamente los fundamentos jurisprudenciales de la responsabilidad extracontractual en Colombia.

En efecto, para una mejor aplicación de los principios generales del Estado, el artículo 1o. de nuestra Constitución establece que Colombia es un Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. A su vez, el artículo 2o. establece los fines esenciales del Estado: "...el Estado y las autoridades de la República están instituidas para proteger la vida, honra, bienes y creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".

Mucho más claramente, el artículo 6o. señala que nos encontramos en un Estado responsable y por ello responden "... los particulares por infracción a la Constitución o las leyes y los servidores públicos por igual causa y por omisión o extralimitación de funciones". Además, estas normas están íntimamente ligadas con el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13, según el cual "todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica".

Lo anterior nos brinda el marco general para que el artículo 90 de la Constitución disponga que "el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado, el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste".⁶²

Por último, los artículos 58, 59 y 336 retoman las antiguas disposiciones constitucionales sobre la indemnización obligada para las personas que resulten afectadas por expropiaciones, ocupaciones temporales o permanentes en tiempos de guerra, o la constitución de monopolios, por cuanto la misma Constitución de 1991 establece de forma clara y reiterada la garantía de respetar la propiedad privada. Es entonces a partir de dichos preceptos que comienza una nueva etapa en la evolución de la

⁶² Artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo de 1984 (responsabilidad civil del funcionario público) y Ley 678 del 3 de agosto de 2001.

responsabilidad extracontractual en Colombia. El Consejo de Estado los tendrá en cuenta para fundamentar toda su jurisprudencia y para corregir algunos inconvenientes legislativos que no le permitían ir más lejos en sus interpretaciones.

Influenciada por la doctrina española, la jurisdicción contencioso administrativa consideró, en un primer momento, que la responsabilidad extracontractual del Estado era desde 1991 una responsabilidad de tipo objetivo, por cuanto había desaparecido, en todos los casos, la necesidad de demostrar la existencia de una falla en el servicio. Ese planteamiento se fundamentó en que el Constituyente había aludido, expresamente, a la conducta dolosa o gravemente culposa del agente estatal.⁶³ Se entendió entonces que la introducción del concepto antijurídico, interpretado por la jurisprudencia como la lesión de un interés legítimo patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está obligada a soportar, había cambiado completamente el contexto de la responsabilidad extracontractual del Estado.⁶⁴ El cambio parecía haber dejado de lado el interés por la falla en el servicio y retomaba los derechos de la víctima, en los que la naturaleza de la falta del agente resultaba interesante para el Estado.

Rápidamente se corrigió dicha posición y se consideró que de todas formas el régimen subjetivo no había desaparecido y que en algunos eventos debía demostrarse la existencia de la falla en el servicio para acceder al derecho de la indemnización, y que la entidad demandada sólo podría exonerarse demostrando fuerza mayor, hecho exclusivo y determinante de la víctima o de un tercero.⁶⁵ Para el Consejo de Estado, no entraba en principio la falla del servicio,⁶⁶ puesto que el artículo 90 desplazaba el problema de la antijuridicidad de la conducta de la administración a la antijuridicidad del daño; sin embargo, admitía que podían existir hipótesis que no permitían el manejo de la responsabilidad exclusivamente

⁶³ CE, sentencia del 31 de octubre de 1991, expediente 6515. Actores: Fabio Ruiz Ospina y otros.

⁶⁴ La confusión viene de los debates de la Constituyente de 1991. Véase *Gaceta Constitucional*, lunes 20 de mayo de 1991: “La responsabilidad patrimonial de las autoridades públicas del Estado”.

⁶⁵ CE, sentencia del 30 de julio de 1992, expediente 6941. Actores: Ninfa Rubio Vda. de Celis y otros.

⁶⁶ CE, sentencia del 13 de julio de 1993, expediente 8163. Actores: José Elías Rivera Arenas y otros.

desde esa perspectiva del daño antijurídico sino desde el aspecto de la falta.⁶⁷

Por último, el Consejo de Estado termina sosteniendo, y esa es la jurisprudencia mayoritaria actual,⁶⁸ que en el citado artículo 90 de la Constitución cabían todos los regímenes de responsabilidad elaborados por la jurisprudencia antes de la nueva Constitución.⁶⁹ De forma que el artículo 90 de la Constitución introdujo un nuevo elemento de antijuridicidad en el análisis de la responsabilidad del Estado, y permitió la repetición del Estado contra sus agentes que actuaron indebidamente, pero no por ello eliminó el régimen de la falla en el servicio.⁷⁰

Con lo antes expuesto, vemos claramente que los fundamentos constitucionales y legislativos de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia están íntimamente ligados a los antecedentes dogmáticos e históricos de nuestra propia realidad. Si a orígenes nos referimos, tendremos indefectiblemente que hablar al mismo tiempo de las bases constitucionales y legales que se echaron en nuestro país antes de abordar la necesaria jurisprudencia. En cuanto a la evolución de la responsabilidad extracontractual del Estado, ésta es ya conocida como principalmente jurisprudencial de tipo mixto entre la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, que de todas maneras no hubieran podido avanzar sin los necesarios avances establecidos no sólo por el derecho comparado sino también por la legislación y la Constitución colombianas.

Sin lugar a dudas, tendremos que reconocer que hasta el momento la arbitrariedad del Estado colombiano ha sido amainada de forma valiente

⁶⁷ CE, sentencia del 24 de agosto de 1992, expediente 6754. Actor: Enrique Saltarín Monroy.

⁶⁸ Influenciados sin duda en el pronunciamiento de la Corte Constitucional, sentencia del 10. de agosto de 1996. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero. Expediente C-333. Actora: Emilse Margarita Palencia Cruz. Confirmada en la sentencia de la Corte Constitucional del 22 de agosto de 2001. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil, expediente C-892, que establece que el artículo 90 de la Constitución de 1991 consagra una cláusula general de responsabilidad del Estado que no distingue los ámbitos de actuación de las autoridades públicas.

⁶⁹ CE, sentencia del 2 de marzo de 1993, expediente 7429; CE, sentencia del 8 de mayo de 1995, expediente 8118. Actora: Sociedad Constructora Cárdenas y Maya Ltda.

⁷⁰ CE, sentencias del 25 de febrero de 1993, expediente 7703; del 11 de agosto de 1994, expediente 9106, y del 13 de febrero de 1997, expediente 9912. Véase de forma completa cómo lo explica Jesús María Carrillo Ballesteros en la introducción que hace al libro de Michel Paillet, *op. cit.*, nota 15, p. 37.

por la Corte Suprema de Justicia, sobre todo en la primera mitad del siglo XX, y por el Consejo de Estado en su segunda mitad. Sin embargo, loables sean los avances jurídicos que hemos logrado en una sociedad tan joven como la nuestra, no podemos bajar la guardia en estos momentos en que la institucionalidad de nuestro país se encuentra amenazada y la retaliación del Estado podría resquebrajar las frágiles murallas de justicia que hemos construido.