
Origen y Evolución de las Teorías sobre la Responsabilidad Estatal*

The Origin and Evolution of the Theories of State Responsibility

William Guillermo Jiménez**

Universidad Libre y ESAP

william.jimenez@esap.edu.co / wjimen@yahoo.com.mx

Resumen

La aparición de una responsabilidad propia o particular del Estado es un fenómeno reciente dentro de la evolución de la disciplina jurídica que aparece solo al final del siglo XIX. El objetivo del artículo es presentar y analizar el origen y evolución general de las diferentes teorías y enfoques jurídico-políticos que a partir de las tesis provenientes del Derecho civil, permitieron la consolidación de un tipo de responsabilidad especial y autónomo dentro del Derecho público, en especial, el Derecho administrativo. Es una investigación socio-jurídica, con un tipo de estudio explicativo e histórico a la vez que utiliza el método dialéctico para observar el cambio a través del tiempo; se utilizaron fuentes tanto primarias como secundarias, especialmente documentos escritos y se aplicaron técnicas de producción de información como la revisión documental y la observación directa. Se concluye que la responsabilidad administrativa aparece como resultado de los siguientes procesos: a) El ascenso de las tesis iusnaturalistas que condujeron a la noción del contrato social, b) El decaimiento de los fundamentos teológicos sobre el origen del poder político; b) La mayor intervención del Estado en la vida social, lo cual complejizó su organización y maneras de actuar, pero sobre todo, incrementó las probabilidades de producir daños y perjuicios a los particulares.

Palabras clave: Responsabilidad del Estado, evolución doctrinal, tesis civilistas, falla del servicio, daño antijurídico.

Abstract

The appearance of an own or individual State responsibility is a recent phenomenon in the evolution of legal discipline that only appears at the end of the XIX century. The objective of this article is to present and analyze the origin and general evolution of the different theories and juridical –political focuses that from the theses of civil law permitted the consolidation of a special and autonomous type of responsibility within Public Law and especially in Administrative Law. It is a socio – legal research project with an explanatory and historical study that at the time uses the dialectic method on the changes during the course of time; both primary and secondary sources are used especially written documents. The information techniques to provide information and that are applied are document revision and direct observation. It is concluded that the administrative responsibility arises as a result of the following processes: a) the ascent of the thesis of the *ius naturalis* that

Fecha de recepción: 8 de marzo de 2013.

Fecha de aceptación: 15 de mayo de 2013.

* Artículo producto de investigación terminada, proyecto “*Causas de ineficacia de la Acción de Repetición en Colombia*”, desarrollado como trabajo de grado para la Maestría en Derecho, con énfasis en Derecho Público, de la Universidad Sergio Arboleda.

** Doctor en Ciencias Políticas, especialista en Derecho Administrativo, especialista en Desarrollo Regional, abogado y administrador público. Profesor titular, Universidad Libre y Escuela Superior de Administración Pública - ESAP.

leads to the notion of the social contract b) The decay of the theological foundations on the origin of political power; c) the greater intervention of the State in the life of society which made its organization and management actions more complex, but above all increased the probabilities to cause damages and prejudice to individuals.

Key words: Responsibility The State, Doctrinal Evolution, Thesis Civilistas, Falla of Service, unlawful damage.

INTRODUCCIÓN

Las teorías sobre la responsabilidad del Estado son de desarrollo reciente dentro del conjunto del Derecho. Desde tiempos remotos, se asimiló a los preceptos sobre responsabilidad civil y se aplicó de preferencia sobre los funcionarios o agentes estatales, mas no con respecto al ente abstracto que hoy llamamos Estado. En el sistema anglosajón, por ejemplo, hasta hace algún tiempo era el funcionario autor del hecho perjudicial quien respondía con su patrimonio personal, solución que fue aplicada en Estados Unidos hasta la ley federal de 1946 y en Inglaterra hasta 1947 (De Laubadère, citado en Rodríguez, 2005).

Como se dijo en otra oportunidad (Jiménez y Soler, 2012), la doctrina relativa a la responsabilidad estatal ha pasado por al menos tres etapas; la primera de ellas va hasta la segunda mitad del siglo XIX, en la cual se pregona la irresponsabilidad total, en virtud, principalmente, de la soberanía del Estado, el cual podía imponer sus decisiones a todos sin compensación alguna. En una segunda etapa, con el denominado Fallo Blanco proferido en 1873 por el Tribunal de Conflictos francés, se consideró que el Estado sí era responsable por sus actos, posición que se basó principalmente en la noción de falla o falta del servicio público, cuando se evidenciaba una ausencia, una deficiente o una retardada prestación de las actividades a cargo del Estado, independientemente de que existiera o no norma legal, y sin tener en cuenta que se tratara de actos de gestión o de poder. Finalmente, hay una tercera etapa, en la cual se ha venido incrementando y reconociendo que en distintos eventos el Estado debe responder a sus administrados, en unos casos por aplicación de regímenes de responsabilidad con culpa (subjetiva) y en otros bajo parámetros de responsabilidad objetiva (Rodríguez, 2005).

Respecto de la responsabilidad de los agentes del Estado frente a la propia Administración, los desarrollos jurídicos son aún más recientes dentro del campo de la disciplina del Derecho. Solo a partir de 1951 por disposición jurisprudencial en Francia, el agente debe responder patrimonialmente por sus faltas o culpas personales ante la Administración.

El objetivo de la presente investigación es presentar la evolución y desarrollo a nivel general de las diferentes teorías acerca de la responsabilidad tanto del Estado como de los funcionarios o agentes, ya sea frente a perjuicios causados a los administrados o al propio Estado. No se trata aquí de presentar el desarrollo de tales doctrinas en un país en particular, sino el movimiento general en Occidente; en este sentido, aunque se hacen algunas referencias a Colombia, la evolución de las doctrinas sobre la responsabilidad estatal y el desarrollo jurisprudencial colombiano (en el cual se identifican hasta siete etapas), se encuentra en un trabajo previo (Jiménez y Soler, 2012), que puede ser complementario del presente.

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN Y METODOLOGÍA

La pregunta de investigación se puede formular de la siguiente manera. ¿Cuáles fueron las diferentes etapas y tesis jurídico-políticas que llevaron al posterior desarrollo de la responsabilidad estatal o administrativa a nivel del Derecho en general? El diseño metodológico emplea un enfoque cualitativo, en el cual la aproximación del estudio privilegia las cualidades y rasgos característicos del objeto de estudio; el tipo de estudio es explicativo, al tratar de aclarar y señalar los enfoques jurídico-políticos que generaron o produjeron las tesis de la responsabilidad estatal; la forma de investigación es jurídico-política, pues se relaciona la norma jurídica con las condiciones políticas y sociales que indujeron los cambios en el Derecho; se utilizan fuentes primarias (providencias judiciales, textos jurídicos), como secundarias (libros, artículos de revista, documentos de internet); las técnicas de captura de información son la revisión y el análisis documental y la observación directa.

2. RESULTADOS

2.1 La Teoría de la Irresponsabilidad del Gobernante

La responsabilidad, como figura jurídica, se origina en las relaciones de los ciudadanos de la antigua *polis* griega y de la *civitas* romana. Para el tratadista Enrique Gil Botero, la institución jurídica de la responsabilidad está íntimamente unida a la noción de dignidad humana, que se puede rastrear en la obra *Antígona* de Sófocles: “*Se da en Antígona un deber ser vinculante con un contenido material que minimiza el cumplimiento de la ley, por ser inicua y por ir contra la esencia misma del hombre: su dignidad. Es por ello por lo que en toda obligación, el obligado es tomado como persona responsable*” (Gil Botero, 2011, p. 14). Otros aseguran que sus antecedentes se encuentran también en Aristóteles, cuando hablaba de la función reparatoria del Derecho a través de la justicia correctiva (Saavedra, 2005, p. 25). En todo caso, la responsabilidad aparece, ya en virtud de un contrato (responsabilidad contractual) o por fuera de él (responsabilidad extracontractual o aquiliana.¹) Este último tipo de responsabilidad puede ser directa (por un hecho propio), o indirecta (por hechos de personas, animales o cosas sobre las cuales se tiene la custodia), y según el factor de imputación, puede ser a su vez subjetiva y objetiva. La responsabilidad tuvo sus orígenes y se desarrolló principalmente en el Derecho civil, hasta no hace mucho tiempo. En efecto, hasta finales del siglo XIX no se concebía una responsabilidad específica del Estado o de la Administración frente a los ciudadanos o súbditos, por considerar que el interés del Estado y del gobernante era superior, absoluto e incluso, sagrado:

Sin lugar a dudas, el Estado inicial como organización político administrativa, mitificada y dirigida por quienes se creían designados y representantes de los dioses, incapaces de errar, repotentes ausentes de autocritica, condujeron a que las autoridades así constituidas, y dirigidas por el rey, se negaran a reconocer la existencia de la responsabilidad. (Parra Gutiérrez, 2003, p. 16)

Parra Gutiérrez (2003, p. 16), en el mejor de los casos eran los agentes o servidores del imperio, reino, principado o república (según el momento histórico), quienes podían responder por los daños que causaba su conducta, pero se les aplicaban las normas de la responsabilidad civil, como entre particulares. El auge de las monarquías absolutistas entre los siglos XVI al XVIII reforzó así la idea de la “irresponsabilidad del gobernante”:

Antiguamente existía una incompatibilidad entre los conceptos de soberanía y responsabilidad: THE KING CAN DO NOT WRONG. Principio que los defensores de dicha teoría de la irresponsabilidad del gobernante resumían diciendo que “lo propio de la soberanía era imponerse a todos sin compensación”, consideraciones que el derecho administrativo rechaza de plano, por antijurídicas. (Penagos, 1997, p. 2).

La teoría de la irresponsabilidad del gobernante se sustenta en la noción de *superanitas e imperium* bajo el imperio romano; con la *teoría de las Dos Espadas* y la confusión de lo público con lo privado durante la Edad Media, y en la Edad Moderna mediante argumentos contractualistas, providencialistas y las tesis de la soberanía encarnadas en las monarquías absolutistas y policivas de los siglos XVI a XVIII.

2.1.1 Irresponsabilidad del Gobernante bajo el Imperio Romano

La situación de la responsabilidad estatal anterior al Imperio romano, esto es, bajo la república romana y la democracia en Grecia, es poco conocida aunque todo parece indicar que el sistema de responsabilidad seguía los preceptos del Derecho privado o civil.

Se puede decir que desde la caída de la república y el establecimiento del imperio en Roma hacia el siglo I a. C. empiezan a concentrarse todas las potestades políticas, militares y hasta religiosas (*pontífice maximus*) en manos del emperador, el cual tendrá en adelante un área de superioridad e infalibilidad que no admite responsabilidad alguna por su actos; esta es la noción de imperium.

“Además, los emperadores reemplazaron desde luego el voto de los comicios por la resolución del senado; después ellos hicieron directamente la ley. Los senadoconsultos y después las constituciones imperiales

¹ Llamada así porque fue acogida por la Ley Aquilia, promovida a su vez por el tribuno de la plebe Aquilio en el siglo III a.C.

sucedan, por consiguiente, en este periodo, a las leyes y a los plebiscitos; de otra parte, el edicto de los magistrados y las respuestas de los prudentes llegaron a hacerse, a partir de Adriano, fuentes del derecho Derecho Civil” (Petite, 2003, p. 49).

Según Carlos H. Pareja, En Roma como en la actual Alemania, el César encarnaba en su persona al mismo tiempo la majestad divina y la autoridad humana; era Sumo Sacerdote y Emperador; su persona, por lo tanto, era inviolable y sagrada, y por consiguiente, irresponsable. (Citado por López Morales, 2007, p. 35).

2.1.2 Irresponsabilidad del Gobernante en la Edad Media

Durante la alta Edad Media (siglos VI a X), la situación es más difícil aún, puesto que en los pueblos de origen germánico que se instalaron y que dominaron en Europa prevalece una visión que privilegia el Derecho privado sobre el Derecho público (Bobbio, 1997, pp. 22 - 27), con el agravante de que este derecho es oral, no escrito o escasamente codificado; en efecto, lo característico de este período es una confusión entre los bienes del monarca y los del reino, entre las prerrogativas personales y las potestades reales. Bajo estas circunstancias, se entenderá la inexistencia de un tipo de responsabilidad imputable al rey o a sus vasallos, pues simplemente no la tenían, y si la tuvieron alguna vez, dicha responsabilidad era personal, no institucional. El régimen feudal, con los contratos de vasallaje se encargará de transmitir las prerrogativas reales a cada uno de los señores feudales.

El cristianismo, sin embargo, se encargará de propagar la herencia latina mediante la cristianización de aquellos pueblos;² también, el surgimiento de las universidades y la escolástica van a permitir confrontar la fe y la razón durante la baja Edad Media (siglos XI al XV), y esto favorece el redescubrimiento y desarrollo del Derecho romano (recuérdese el papel de los glosadores). En materia política, lo característico de esta etapa será la materialización de la *teoría de las Dos Espadas*, formulada por los padres de la Iglesia, en especial por el papa Gelasio I a finales del siglo V d.C. como consecuencia de la cristianización del Imperio romano y la necesidad de definir las relaciones entre la Iglesia y el emperador; según esta doctrina, existen dos poderes (espadas) en la Tierra, el poder espiritual y el poder terrenal, los cuales derivan del poder supremo de Dios. Las dos espadas se necesitan, se complementan,³ pero deben estar en manos diferentes pues solo Cristo fue a la vez sacerdote y rey, y luego de él las espadas se separan; a la cabeza de cada poder están el papa y el emperador, respectivamente.

En el año 800 d.C. el papa León III corona al rey franco Carlomagno como emperador y continuador de Roma en Occidente y, aunque este consolida un importante imperio, sus hijos lo desintegrarán al dividirlo en tres partes. A finales del siglo X serán los reyes germánicos quienes continuarán con la idea, al fundar el Sacro Imperio Romano Germánico con la bendición papal al emperador Otón I, en 962 d.C. Cada poder se consideraba supremo e inexpugnable, en virtud de que el papa y la jerarquía eclesiástica cumplían un fin superior en la Tierra llevando el mensaje de salvación de los hombres, y de igual manera, el emperador aseguraba las condiciones materiales para que la Iglesia pudiera cumplir con su misión; pero además, el precepto de obediencia al gobernante como deber del buen cristiano reforzaba el poder temporal o secular del emperador.

Sin embargo, la fórmula de una comunidad cristiana universal gobernada por el papa y el emperador no duraría mucho. En primer lugar, debido a las disputas entre estas autoridades, lo que va socavando la unidad al interior;⁴ y en segundo término, por la aparición de los reinos particulares o territoriales que desafiarían tanto al emperador como al papa, dando inicio a la formación de los Estados nacionales modernos de Europa⁵.

² El Imperio romano se había cristianizado hacia el siglo IV d.C. El Edicto de Milán y el concilio de Nicea en 313 y 325, respectivamente, establecidos bajo el emperador Constantino I, señalaron el comienzo de una alianza que beneficiaba a ambas partes.

³ Según el pasaje de los evangelios: “Dar al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios”.

⁴ La controversia por las investiduras del papa Gregorio VII y el emperador Enrique IV entre 1075 y 1081 que al final reivindicó la superioridad del papado; posteriormente las disputas entre el papa Juan XXII y el emperador Luis IV de Baviera en las que tomaron partido a favor del emperador escolásticos influyentes como Marsilio de Padua y Guillermo de Ockham.

⁵ El primer gran desafío vendría del territorio francés: “La victoria de 1214 de Felipe II sobre el emperador Otón en la batalla de Bouvins, determinó el ascenso de Francia a una potencia temporal rival del imperio; desde entonces, las palabras rey y reino entraron definitivamente a la terminología política” (De la Cueva, 1994, p. 42); más tarde el rey Felipe IV, “el Hermoso” entrará en conflictos con el papa Bonifacio VIII entre 1296 y 1303. A la muerte de este último, el rey influye para que se nombre a

De esta manera, los reyes tanto de Francia como de Inglaterra y España se van consolidando poco a poco a lo largo de varios siglos (tanto en el frente externo sobre los demás reinos, como en el frente interno sobre los señores feudales), hasta lograr una centralización y control del poder en el siglo XVI, cuando podemos verificar la emergencia de monarquías absolutas e irresponsables por sus actos ante los súbditos. Las obras de N. Maquiavelo, J. Bodin y T. Hobbes reflejan el nacimiento de esta nueva época.

2.1.3 La Irresponsabilidad del Gobernante en el Estado Moderno

Nicolás Maquiavelo en *El Príncipe*, escrito en 1513, introducirá el término “Estado” para referirse a una nueva realidad política que implicaba: a) Posesión permanente y exclusiva sobre un territorio, y b) Situación de mando sobre sus habitantes.⁶ La posibilidad de conquista de nuevos reinos y de mantener los territorios ganados son la preocupación principal de esta obra; por ello el concepto “razón de Estado” es central para entender la irresponsabilidad del príncipe maquiavélico, puesto que es esta la razón que justifica la conducta del gobernante según la cual “el fin o el resultado, justifica los medios”, de tal modo que el príncipe puede entonces mentir, ocultar, conspirar, aparentar, etc., con tal de salvaguardar el principado (Maquiavelo, 2007, p. 117).

El concepto de soberanía es introducido por Jean Bodin en 1576 en *Los seis libros de la República*. La soberanía se entiende como la fuerza de cohesión necesaria para mantener la unión de una comunidad: es la potestad absoluta y perpetua de una república, sin la cual esta se disociaría; por ello la soberanía es un poder supremo que no reconoce otro por encima de él.

En esta concepción, el soberano es por antonomasia, irresponsable ante los demás, solo se reconoce a sí mismo. Tres atributos o características de la soberanía completan su carácter: 1) Es absoluta, pues el soberano hace la ley y no está sometido a esta; 2) Es perpetua, no está asignada por un tiempo determinado, y 3) Es indivisible, no se debe compartir. Aunque el soberano podría ser un rey, una aristocracia o una asamblea popular, Bodin se muestra favorable a la monarquía al considerarla más conforme a la naturaleza (en la familia un solo jefe, en el firmamento un solo sol, en el mundo un solo Dios soberano), porque se potenciaba al estar en manos de un solo hombre y además, porque la monarquía preservaba el poder ante la influencia inculta y peligrosa del pueblo. Durante los siglos XV a XVIII los Estados europeos se configuraron como monarquías en las que el soberano era el rey (Chevallier, 1974).

Otra teoría que apoya al gobernante irresponsable provendría de las tesis contractualistas, en concreto la formulada por Thomas Hobbes en *El Leviathan* (1651). La argumentación es sencilla: los hombres en estado de naturaleza poseen unos derechos naturales a la vida, a la libertad, a la igualdad,⁷ y todos buscan la satisfacción de sus deseos; de esta manera, la competencia, la desconfianza, el afán de gloria y reputación terminan en la guerra de todos contra todos (*homo homini lupus est*); tal guerra impide todo progreso y bienestar; la vida es solitaria, pobre, grosera embrutecida y corta (Hobbes, 1994, pp. 106, 107). Para salvarse, los hombres deben renunciar irrevocablemente a los derechos que cada uno posee en la naturaleza y realizar un pacto voluntario

un obispo francés como papa; sería Clemente V, quien en 1309 trasladará la sede papal a la ciudad de Avignon, sentando un precedente de papas en Francia que luego daría lugar al Cisma de Occidente, cuando hubo simultáneamente un papa en Roma y otro en Avignon, entre 1378 y 1418.

⁶ Hasta el Renacimiento había prevalecido el uso de términos clásicos como “civitas”, “reino” o “república”. Maquiavelo se refirió a “*lo stato*” en lengua toscana que es una derivación del latín y en este último se encuentran referentes de la moderna noción de Estado. El término *status-us*, es un sustantivo que tenía diferentes significados para los romanos: 1) Como postura, posición y actitud; 2) Una forma figurativa que significa posición, situación o estado, de donde viene la frase: *Status reipublicae* (situación política, régimen político); 3) Como posición mental o actitud intelectual. La reiteración de *status reipublicae* como régimen político fue la razón para que en el Renacimiento (en el ambiente de consulta directa de los clásicos), Maquiavelo y otras personas utilizaran el término “*lo stato*” como sinónimo de organización política. La anterior tesis es sostenida también por Bobbio, quien señala el paso del significado común del término *status* de “situación” a “Estado” durante los siglos XV y XVI, a partir del aislamiento del primer término de la expresión clásica *status reipublicae*, y por eso señala que: “El mismo Maquiavelo no hubiera podido escribir tal frase precisamente al comienzo de la obra si la palabra en cuestión no hubiese sido ya de uso corriente” (Bobbio, 1997, p. 86).

⁷ Iguales en facultades para encontrar su felicidad o su miseria, como decía Hobbes.

en el cual constituyen la voluntad única de un tercero que va a sustituir la voluntad de todos y a representarlos a todos (aparece Leviathan); esto conduce a conferir poderes exorbitantes al Estado para que pueda preservar la seguridad y la protección de los súbditos, los hombres se despojan del juicio entre el bien y el mal, lo justo y lo injusto; lo bueno y lo justo será lo que en adelante ordene el soberano: “Hay que elegir entre la guerra perpetua de todos contra todos, fruto de la ausencia del poder absoluto, y la paz, fruto del poder absoluto” (pp. 144-145). Con estas líneas queda todo dicho acerca de la irresponsabilidad absoluta del soberano Leviathan.

Finalmente, *las teorías providencialistas* sobre el origen del poder político sostuvieron durante mucho tiempo la idea de la irresponsabilidad del gobernante. Se había dicho ya acerca de la *teoría de las Dos Espadas* y el fundamento divino del poder del emperador del Sacro Imperio Romano Germánico como ejemplo de las teorías de *investidura divina*, pero esto se generalizó a cada uno de los reinos nacionales en Europa. La reforma protestante desempeñó un papel determinante al favorecer que el príncipe o rey de cada país fuera a la vez el supremo conductor religioso nacional, por oposición al papa (Hobbes también lo había propuesto), pero además, sostuvieron las doctrinas providencialistas sobre el origen divino del poder de los gobernantes: Dios les había encargado directamente el poder, por consiguiente los gobernantes eran sus ministros directos, sus representantes. Bajo estos presupuestos, era a todas luces muy difícil atribuir algún tipo de responsabilidad al Estado y a sus gobernantes.⁸

2.2 Teoría de la Responsabilidad Estatal⁹

El final del absolutismo señala el triunfo de la ideología liberal y el comienzo del Estado de Derecho, en el cual podemos encontrar los dos grandes principios formulados más tarde por Hauriou: a) Que el Estado actúe, pero sujeto a la ley (principio de legalidad) y, b) Que el Estado actúe, pero que pague los perjuicios ocasionados (principio de responsabilidad). No es que con anterioridad no existiera Derecho o que el gobernante no produjera normas jurídicas,¹⁰ de lo que se trata ahora es de una nueva concepción sobre la relación entre el Derecho y el poder político en dos puntos centrales:

- a) Que el poder tiene su origen en la comunidad o en el pueblo y que, por consiguiente, el gobernante no lo recibe directamente de Dios.
- b) Que el gobernante y sus agentes en el ejercicio del poder político ya no pueden disponer de este de manera arbitraria y, por tanto, su actuación debe estar ajustada a la ley (García de Enterría y Fernández, 2004, p. 424).

2.2.1 La Responsabilidad Estatal como Aplicación del Principio de Legalidad

La adopción del principio de legalidad traerá como consecuencia el desarrollo paulatino de la responsabilidad estatal, hasta la formulación de una teoría de la responsabilidad cuya formulación se puede encontrar a partir del fallo Blanco proferido en Francia, en 1873.

Mientras tanto, las ideas liberales decididamente antiabsolutistas, la Ilustración con su fe en la razón y el ataque a toda forma de privilegios, todo esto unido a las situaciones sociales (hambre, pobreza), políticas (opresión, colonialismo) y económicas (malas cosechas, hiperinflación, monopolio), traerán como resultado

⁸ Desde el punto de vista estrictamente religioso, era un deber obedecer al gobernante, así este fuera malo. Si esto último ocurría, la doctrina religiosa entendía que se trataba de un castigo al pueblo por su mal comportamiento, o en todo caso, los hombres debería soportar al gobernante tirano pues en últimas “Dios lo juzgará”.

⁹ La evolución de las doctrinas sobre la responsabilidad estatal en Colombia, así como su desarrollo jurisprudencial, en el cual se identifican siete etapas, se presenta en un trabajo anterior. Ver Jiménez y Soler (2012).

¹⁰ La relación entre poder político y Derecho ha existido desde siempre, pues nada hay que necesite legitimarse tanto como el dominio de un hombre sobre otro; según Ferrero (1998), entre todas las desigualdades humanas ninguna tiene tanta necesidad de justificarse ante la razón como la desigualdad establecida por el poder. Por lo anterior, el Derecho permite que una situación de hecho o de dominio se convierta en una situación de derecho: “Sólo la justificación, cualquiera que ésta sea, hace del poder de mandar un derecho y de la obediencia un deber, es decir, transforma una relación de mera fuerza en una relación jurídica” (Bobbio, 1985, p. 29).

las revoluciones inglesa (1688) y francesa (1789), así como los movimientos de independencia americanos, primeramente en Estados Unidos (1776) y después en los países latinoamericanos a partir de 1810.

En estos fenómenos políticos se imponen las ideas contractualistas de Locke, Montesquieu, Rousseau y Sieyès, y se abre paso el constitucionalismo moderno frente al *Ancien regime*. Se pretendía entonces la limitación y racionalización del ejercicio del poder del gobernante, adoptando unos principios básicos que se estipularían en documentos escritos (constituciones). Tres son los principios esenciales del constitucionalismo: a) La separación de poderes; b) La soberanía nacional o popular, y c) La consagración de derechos individuales y libertades públicas. Para el tema que nos ocupa, reviste especial importancia la consideración de la propiedad privada como un derecho natural e inviolable.

Aunque ya Bodin había señalado ciertos límites al soberano absoluto (respetar la libertad natural, las relaciones y la propiedad privada de los súbditos), fue John Locke el primero que incluyó el derecho a la propiedad como un derecho natural, protegido de la intromisión de los hombres y del gobernante.¹¹ Posteriormente, la Declaración de Independencia (1776) y la Constitución de Estados Unidos (1787) recogerán estos planteamientos. Por su parte, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) en Francia, señaló lo siguiente:

Artículo 2. La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

Artículo 17. Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie podrá ser privado de ella a no ser que lo exija evidentemente la necesidad pública, legalmente acreditada, y a condición de una justa previa indemnización. (Subrayado fuera de texto).

Por lo anterior, se puede decir que la responsabilidad patrimonial del Estado inició con el movimiento liberal que se concretó en el Estado de Derecho, aunque no existía un principio o doctrina jurídica reguladora especial sobre el particular, la cual, como se dijo, solo vendría a formularse en 1873. Al respecto, Parra Gutiérrez anota lo siguiente:

... del Estado liberal clásico, surge formalmente la implantación de la responsabilidad patrimonial del Estado, pues predica y eleva a la categoría de derechos naturales, la libertad, la seguridad, y la propiedad, factores cuya violación generan necesariamente la restauración patrimonial del Estado. (2003, p. 20).

A partir de aquí se encuentran varias etapas relativas a la teoría de la responsabilidad del Estado, como se verá a continuación.

2.2.2 El Derecho Civil como Marco para la Aplicación de la Responsabilidad Estatal

En un primer momento se acudió a la aplicación directa de los principios y disposiciones del Derecho civil, a falta de un Derecho administrativo o político autónomo y eficiente. El código civil ofrecía en cada caso una normatividad general frente a la responsabilidad del Estado y la Administración, tanto así que hasta mediados del siglo XX, en algunos países como Italia, Inglaterra y varios de Latinoamérica, se aplicaron tales disposiciones.¹² El código civil se convirtió en la norma aplicable y los conflictos resultantes se ventilaban ante la jurisdicción civil u ordinaria.

¹¹ En el "Segundo tratado sobre el gobierno civil" de 1690, Locke se manifiesta de la siguiente manera: "Aunque la tierra y todas las criaturas inferiores pertenecen en común a todos los hombre, cada hombre tiene, sin embargo, una propiedad que pertenece a su propia persona; y a esa propiedad nadie tiene derecho, excepto él mismo. El trabajo de su cuerpo y la labor producida por sus manos, podemos decir que son suyos. Cualquier cosa que él saca del estado en que la naturaleza la produjo y la dejó, y la modifica con su labor y añade a ella algo que es de sí mismo, es, por consiguiente, propiedad suya" (1994, pp. 57-57; subrayado fuera de texto).

¹² Al respecto Ramón Parada señala lo siguiente: "Pero el tránsito desde la irresponsabilidad del Estado a la generalización del principio de responsabilidad civil de la administración ha seguido vías distintas en unos y otros países y ofrece regulaciones no coincidentes. En unos ha sido creación de la jurisprudencia, como en Francia, mientras que en otros, como Italia, se ha desarrollado desde los propios preceptos civiles que consagran la responsabilidad extracontractual, o bien la necesidad de reglas especiales, como en el caso del Derecho inglés y del nuestro propio" (citado por Penagos, 1997, p. 3).

En líneas generales, se asimilaba al funcionario público como si fuera un simple mandatario del poder público, y la responsabilidad que se atribuía descansaba en los postulados de la culpa *in eligendo* y la culpa *in vigilando*, un tipo de responsabilidad indirecta, como se vio antes.

2.2.3 La Adopción de un Principio Especial de Responsabilidad Estatal

Las tesis y principios civilistas empezaron a mostrar sus limitaciones a la par que el Derecho administrativo (vía jurisprudencia) empezaba a desarrollarse en algunos países.¹³ En cuanto al principio de responsabilidad estatal, solo fue con el famoso fallo Blanco en Francia (1873), que la jurisprudencia introdujo un régimen especial de responsabilidad administrativa o estatal, permitiendo de esta manera que se desarrollara el Derecho administrativo y su respectiva jurisdicción. Dijo entonces el Tribunal de Conflictos:

La responsabilidad que puede incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por hechos de las personas que emplea el servicio público, no puede ser regida por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular; esta responsabilidad no es general ni absoluta, tiene reglas especiales que varían según las peculiaridades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los intereses particulares. (Ramón Parada, citado en Penagos, 1997, p. 3).

Las consecuencias de este fallo pueden resumirse así: 1) Se reafirmó de manera expresa el principio de responsabilidad del Estado por los daños causados por los servidores públicos a particulares; 2) Se estableció el carácter especial de esta responsabilidad, la cual no puede ser general ni absoluta; 3) La responsabilidad de la Administración no podía tener fundamento en los principios del Código Civil; 4) Las reglas de esta responsabilidad se basan en las particularidades del servicios público y la conciliación de los derechos generales con los particulares, y 5) Los procesos originados en este tipo de responsabilidad se resolverían en la justicia administrativa. Sobre este último punto vale recordar el proceso de emancipación de las controversias administrativas, las cuales fueron pasando desde los despachos puramente administrativos (el ministro juez) hacia instancias judiciales especializadas en dichos asuntos, es decir, se origina la jurisdicción administrativa.

Pese al reconocimiento de una responsabilidad especial de la Administración, esta quedó muy ligada a la prestación de ciertos servicios públicos, aquellos que eran directamente controlados por el Estado (por ejemplo, ferrocarriles o recolección de basuras), pues prevaleció por algún tiempo la tesis de la doble personalidad del Estado, como se verá más adelante. De otro lado, la adopción de tal principio de la responsabilidad estatal fue dispar y lenta en los demás países. Primeramente, la doctrina y la jurisprudencia la reconocían, pero la aceptación por parte de la legislación tardaría un poco más. Prusia la adoptó en 1909, Estados Unidos en 1946 con la *Federal Court Claims Act*, Italia la reconoce en 1947 por norma constitucional, el mismo año que en Inglaterra se aceptó la responsabilidad con la *Crown Proceeding Act*, para citar algunos ejemplos.

Pero debido a que se debían precisar las relaciones entre el Estado y sus agentes para aclarar sus atribuciones y responsabilidades, surgieron entonces varios planteamientos, que se exponen a continuación.

2.2.4 La Aplicación de Tesis Civilistas por Analogía

Lo que se hizo fue aplicar por vía analógica tesis y principios provenientes del Derecho civil para resolver las controversias sobre responsabilidad del Estado que empezaban a presentarse.

a. La tesis de la doble personalidad del Estado. Actos de gestión y actos de poder

La primera tesis que se esgrimió se conoce como “La doble personalidad del Estado”. Según esta concepción, el Estado posee dos tipos diferentes de personalidad: a) *Personalidad política*, es decir, el Estado como persona soberana, el cual no se rige por la ley civil de los particulares y, b) *Personalidad civil*, es decir, el Estado como

¹³ La existencia del Consejo de Estado francés explica en gran medida por qué el Derecho administrativo se desarrolló primero en Francia y no en otra parte.

persona jurídica del Derecho privado sometido a la ley civil, como cuando realiza contratos como simple particular. Cuando el Estado obra como persona civil, sus funcionarios tienen el carácter de agentes respecto del Estado, el cual es el comitente, y por analogía del Derecho civil, este debe responder por los daños ocasionados por sus agentes; en cambio, cuando actúa como persona soberana, el Estado no responde por las actuaciones de sus funcionarios pues estos no se consideran sus agentes.

En este punto aparece la diferenciación entre *actos de gestión* para aquellas actividades en las cuales el Estado se desempeñaba como persona civil, y *actos de poder* o autoridad, cuando se actuaba con la calidad de persona política o soberana (en este sentido, se mantenía la irresponsabilidad del Estado). En conclusión, el Estado respondía cuando sus actos se consideraban de gestión, y en cuanto a los actos de poder se consideraba irresponsable, a menos que una ley especial lo estableciera.

Esta tesis tuvo buena acogida en los países latinoamericanos, entre ellos Colombia, tal como lo comenta López Morales en su libro citado:

Pero aquí también, como en los países europeos, se estableció tangencialmente la diferencia entre los denominados *actos de imperio* que englobaba a todos los de autoridad o jurisdicción, los cuales se excluían de tal responsabilidad, reconociéndola apenas en los llamados *actos de gestión* en los cuales al Estado se lo consideraba ente de Derecho privado... (2007, p. 38).

Esta tesis fue duramente cuestionada por su inconsistencia y falta de claridad acerca de cuándo actuaba el Estado en uno u otro sentido.

b. La Unidad de Personalidad del Estado

Las críticas dieron a paso a la tesis de la “Unidad de la personalidad del Estado” en razón de que siempre, al final de todo, el Estado actuaba como poder soberano:

... porque si bien en razón del fin de las funciones que ejerce se pueden referir a uno u otro objeto, cuando obra, obra siempre como Estado, cual poder soberano. Y si al ejecutar un acto el funcionario ocasiona injustamente daño, quien lo sufra tiene derecho a ser indemnizado (López Morales, 2007, p. 32).

Con esta tesis se abrió un mayor campo de responsabilidad Estatal, aunque prevaleció cierto recelo hacia la imposición de límites y controles a la actuación del gobernante como poder soberano, prefiriendo siempre dejar un ámbito de discrecionalidad y arbitrio a su actuación.

c. La Tesis de la Representación o Teoría Organicista. Responsabilidad Directa e Indirecta del Estado

Finalmente, se ensayó con la tesis de la representación, más conocida como teoría organicista, la cual va a diferenciar entre los directores y representantes (que son los órganos o depositarios de la voluntad de la persona jurídica del Estado), y los auxiliares o dependientes (cuya actuación no la realizan en calidad de representantes). De lo anterior se deduce una *responsabilidad estatal directa* para los actos de los primeros y una *responsabilidad estatal indirecta* para los hechos de los segundos, con las consecuencias que esto acarrearía en cuanto a la indemnización que debía pagar el Estado.

Estas tesis se aplicaron, por ejemplo, en Italia, a la luz del art. 1.153.3 del Código Civil con la responsabilidad directa por hecho propio y la indirecta de los patrones o comitentes; en Colombia se acogieron sin reparos las tesis de la responsabilidad indirecta en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia hasta 1939, y más adelante los preceptos organicistas que contemplaban ambos tipos de responsabilidad, según la aplicación por analogía de los preceptos del Código Civil, especialmente los artículos 2341 (responsabilidad por hecho propio), 2347, 2348 y 2349 (responsabilidad por el hecho ajeno) y las nociones doctrinarias sobre culpa *in eligendo* y la culpa *in vigilando*.¹⁴

¹⁴ Sobre las tesis organicistas de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, ver los numerales 13 y 23 de la Sentencia de 30 de junio de 1962. ¿Cuál identificarse plenamente?

Estas tesis fueron abandonadas más tarde, debido a la dificultad para diferenciar entre los agentes o ejecutores y los representantes o directores (López Morales, 2007, p. 32); también porque se cuestionó la identidad entre los órganos de una persona física y los órganos de una persona moral, y además porque se equiparó a todos los funcionarios:

Se calificó, sin embargo, como directa la responsabilidad del Estado cuando actúa por medio de los funcionarios por entender, de acuerdo con la teoría organicista, que el funcionario es simple instrumento u órgano de actuación del ente a que pertenece, descartándose la responsabilidad indirecta fundada en la culpa in eligendo. (Ramón Parada, citado en Penagos, 1997, p. 3).

A partir de ese momento gana terreno la idea de una responsabilidad directa del Estado, la cual en Colombia aconsejaba la aplicación del artículo 2341 de manera genérica. Dijo entonces la Corte Suprema de Justicia:

28. De los vínculos entre la persona de Derecho público o privada; que es ente jurídico con personalidad propia, con capacidad esencial y de ejercicio, de acuerdo con su constitución y sus agentes, no puede decirse lo mismo lo que predicán (*sic*) dichas disposiciones de los sujetos que se hallan ligados entre sí por los nexos antes referidos. No están los agentes bajo la “dependencia”, ni tampoco al “cuidado” de la entidad moral, como sí se hallan el hijo, el pupilo, el alumno, el aprendiz, el sirviente, el empleado doméstico, en relación con sus padres, guardadores, directores de los institutos de enseñanza, maestros y patronos, y si estas personas se descargan de la responsabilidad que les incumbe probando no haber podido evitar el daño con la <<autoridad y cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe>>, se ve claro que ello es inaplicable a las personas jurídicas y es, por lo tanto, improcedente instituir una responsabilidad y unas presunciones de culpa con base en deberes inexistentes. De lo cual se infiere que sin las dichas presunciones *in eligendo* e *in vigilando*, la responsabilidad indirecta no se sostiene, y la directa no las requiere. Por otra parte, la fusión vital entre la persona jurídica y sus agentes presenta tan peculiares caracteres, que tampoco cuadra a ellos una responsabilidad por los “hechos ajenos”. (Subrayado fuera del original).

Y más adelante expresa la Corte:

Por ello, la tesis organicista es también inequitativa. O todos los agentes cualquiera que sea su posición, atribuciones y tareas, son órganos, con igual aptitud para obligar directamente a la entidad a que pertenecen, por los actos culposos que ejecuten en el desempeño de sus cargos, con apoyo en el artículo 2341; o ninguno lo es, para que la responsabilidad sea simplemente indirecta, con respaldo en los artículos 2347 y 2349; pero como tal conclusión es también inadmisibles en esta hora, es la equiparación de todos los agentes el resultado que se impone, ya que, además, su clasificación práctica presenta serios tropiezos. (Subrayado fuera del original).¹⁵

Se constata luego un abandono paulatino de las tesis civilistas, las cuales, por analogía, sirvieron en un primer momento para determinar la responsabilidad estatal. La tesis sobre la falta personal y la falta del servicio introducirían elementos propios del Derecho administrativo a la teoría sobre la responsabilidad estatal.

2.2.5 Teoría de la Separación de Responsabilidades. La Falta del Servicio y la Falta Personal

La intervención cada vez mayor del Estado en la economía y en la sociedad, el aumento de actividades y servicios a su cargo, generaron importantes desafíos para las doctrinas administrativistas y del Derecho público en general. Aparece en Francia la escuela de Burdeos, en donde se desarrollaría la teoría del servicio público; en adelante este concepto justificaría toda actividad y finalidad del Estado.

López Morales (2007, pp. 35, 36) señala que la evolución de la responsabilidad estatal se puede resumir en tres grandes obras de Derecho administrativa, a saber: 1) *Tratado de la jurisdicción administrativa y de los recursos contenciosos*, escrita por La Ferrière en 1896; 2) *La responsabilidad del poder público*, aparecida en 1906

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, *Ibid.*, numerales 28 y 30.

y cuyo autor es Teissiere, y 3) La obra de Duez, aparecida en 1927 y 1938, obra que sintetiza la jurisprudencia y la doctrina de Jèze y Hauriou, entre otros.

A partir de los anteriores desarrollos, la doctrina y la jurisprudencia empezaron a señalar los límites de la responsabilidad estatal y la de sus funcionarios; esto es muy importante, dado que la Administración, como toda persona jurídica, no actúa por sí misma sino por medio de sus agentes o funcionarios, por lo cual cabe preguntarse si debe responder por todas, o solo por algunas de las actuaciones de sus funcionarios (Rodríguez, 2005).

Los planteamientos y corrientes doctrinarias y jurisprudenciales del Derecho administrativo fueron evolucionando hasta separar perfectamente la responsabilidad de la administración, de la de los funcionarios:

La distinción entre la responsabilidad de la administración y la del funcionario estriba en la oposición fundamental entre la falta del servicio y la falta personal. El daño ocasionado por una falta de un agente público compromete la responsabilidad de la administración si se trata de una falta del servicio; por el contrario, compromete únicamente al funcionario cuando hay una falta personal. (De Laubadère, 1984, p. 110).

La falta del servicio sucede cuando el funcionario sirve a su función, es decir, es cometida al tratar de cumplir su función, y se señala que es una culpa leve que atañe más al servicio que al funcionario; este no está obligado a reparar pero sí la Administración, si la víctima recurre a la jurisdicción administrativa. La falta personal en cambio, sucede cuando el funcionario se sirve de la función, es decir, utiliza la función para un fin distinto a aquel para el cual se estableció; se genera entonces una culpa intencional o culpa lata que compromete al funcionario, la cual se ventila ante la jurisdicción ordinaria.

2.2.6 Teoría de la Falla o Falta del Servicio

Las tesis anteriores también fueron atacadas bajo la consideración de que la falta personal del funcionario nunca está desprovista de un vínculo con la Administración, y en cualquier caso, basta el hecho de que el daño fue producido por el funcionario para generar la responsabilidad estatal.

Apareció entonces una teoría general de la responsabilidad de la Administración, basada en la noción de la *falla del servicio (faute de service)*, entendida como aquella en que se produce un daño o perjuicio por un ente público que no ha actuado cuando debía, ha actuado mal o lo ha hecho tardíamente. Algunas características de la falla de servicio son:

- a) Es un tipo de responsabilidad directa. Se considera que el hecho fue cometido por la Administración o por una persona jurídica de Derecho público, así el daño haya sido producido por un funcionario; entonces, la Administración es la primera responsable. Las tesis de la doble personalidad estatal o de la separación de responsabilidades no son aplicables en los casos de falla del servicio.
- b) Se produce con ocasión del servicio. En todo caso, se requiere que el daño generado por el funcionario haya ocurrido en ejercicio de sus funciones y con ocasión de la prestación del servicio público. Perjuicios ocasionados por fuera del servicio generan una responsabilidad particular y exclusiva en cabeza de la persona natural, que en tal condición no actuó en calidad de funcionario, así esté vinculado al servicio público.
- c) El factor de imputación es especial: el anormal o defectuoso funcionamiento del aparato público estatal. No interesa entonces la buena o mala disposición del funcionario que cometió la falta, es decir, su conducta (dolo o culpa), pues de lo que se trata es de demostrar que ocurrió una falla o error funcional en la prestación del servicio, lo cual ocasionó el daño sufrido por la víctima o usuario. Por ello, para algunos tratadistas se trata de un tipo de responsabilidad objetivizada, dado que no importa el factor subjetivo de imputación, como se vio en la parte general; al respecto, Valencia Zea, citado por Héctor Romero, dice lo siguiente: “En cuanto a la noción de falla del servicio público, se advierte... que se sustituye la noción de la culpa individual de un agente determinado por la noción de falla del servicio, o sea falla funcional, orgánica o anónima”. (Romero, 2000, p. 83).

- d) Requiere demostrar la culpabilidad o negligencia de la Administración. No obstante la carencia de un factor de imputación de tipo subjetivo individual, la falla del servicio requiere un señalamiento o culpabilidad de la Administración por el funcionamiento irregular del servicio. Como se dijo en el anterior numeral, se sustituye o reemplaza la culpa individual del funcionario por una culpa anónima o funcional en cabeza de la persona pública. Se tiene entonces, que en la teoría de la falla del servicio están presentes los tres elementos básicos de la responsabilidad: i) El daño; ii) El factor de imputación (culpa o negligencia), y iii) El nexo causal.
- e) Es relativa o limitada. Significa, en primer lugar, que el incumplimiento o defectuoso funcionamiento del servicio debe analizarse a la luz del nivel medio que se espera del servicio, configurándose la falla cuando el servicio se presta por debajo de este nivel; además, dicho nivel medio puede variar según las circunstancias de tiempo, modo y lugar: “De ello resulta que la noción de falla del servicio tiene un carácter relativo, pudiendo el mismo hecho según las circunstancias, ser reputado como culposo o como no culposo”.¹⁶ En segundo lugar, la falta o falla del servicio debe examinarse dentro de las posibilidades reales que puede brindar la Administración, y no bajo el criterio de la existencia de un Estado ideal o Estado providencial que resolvería de manera óptima los problemas sociales; es decir, que la falla en la prestación del servicio debe considerar las capacidades técnicas y recursos humanos y financieros con que cuenta el Estado para proveer dichos servicios públicos: “De ahí la razón de la diferencia entre la falla del servicio en un Estado pobre, o bien de un Estado plenamente desarrollado y con grandes posibilidades económicas”. (Penagos, 1997, p. 9).
- f) Se aplica en las obligaciones de medio, no en las de resultado. En primer lugar, porque el Estado no cuenta con el número de agentes para garantizar que no ocurran daños; en segundo lugar, porque los particulares también tienen responsabilidades como cuidar lo suyo (por ejemplo, si una persona es atracada en la calle, no podría demandar al Estado por falla del servicio).
- g) Se le conoce también como sistema ordinario de responsabilidad, o régimen de imputación subjetiva.

2.2.7 Teoría de la Responsabilidad Objetiva o sin Falta

Hasta 1918 el Consejo de Estado francés venía aplicando las tesis de la falla o falta del servicio para resolver los contenciosos sobre responsabilidad estatal; sin embargo, las dificultades probatorias para establecer la falla del servicio, la idea de “riesgo creado” por la cercanía de un servicio público y el concepto de “lesión anormal”, llevaron a este alto tribunal a abandonar en algunos casos los postulados de la falla del servicio y a establecer de esta manera un tipo de responsabilidad estatal de tipo objetivo, para lo cual no hay necesidad de acreditar la falta del servicio.

Surge de esta manera la teoría de la responsabilidad estatal sin falta, conocida también como responsabilidad objetiva, por oposición a la responsabilidad basada en la teoría de la falla del servicio en la cual se necesita probar el factor de culpabilidad administrativa, como ya se dijo.¹⁷ Algunas características de esta teoría son las siguientes:

- a) Se basa en el principio de la *igualdad de las cargas públicas*. La actividad del Estado encaminada al logro del bien común y la prestación de servicios genera cargas o costos a los asociados, los cuales deben asumir de manera equilibrada o equitativa; pero cuando tal actividad hace muy onerosa la situación de un particular respecto de los demás, se produce un *daño antijurídico* en razón de que el afectado no tiene por qué soportarlo. El Estado debe entonces restablecer el equilibrio en las relaciones con los administrados, reparando ese daño causado, así dicho perjuicio haya sido producido en la realización de actividades plenamente autorizadas por la ley.
- b) Aplica los conceptos de lesión injusta o daño antijurídico. En esta nueva teoría se desplaza¹⁸ la atención hacia el tercer elemento estructurante de la responsabilidad: el daño. Por ello, las consideraciones sobre la

¹⁶ Consejo de Estado, Sentencia del 8 de abril de 1994, expediente 8673 (citado por Penagos, 1997, p. 6).

¹⁷ Por ello, parte importante de la doctrina distingue entre el régimen de responsabilidad objetiva (sin falta o culpabilidad) y el régimen de responsabilidad subjetiva (para referirse a la falla del servicio).

¹⁸ En Colombia, el art. 90 de la Constitución Política de 1991 se refiere al daño antijurídico, pero no lo define ni lo asimila a una responsabilidad solamente objetiva. Según Tamayo (2000), al inicio el Consejo de Estado parecía derivar una

responsabilidad abandonan la perspectiva tradicional enfocada en la acción del sujeto responsable a la del daño causado a la persona lesionada:

La responsabilidad pasa a reposar de este modo sobre un principio abstracto de garantía de los patrimonios, dejando de ser una sanción personal por un comportamiento inadecuado para convertirse en un mecanismo objetivo de reparación, que se pone en funcionamiento sólo si, y en la medida en que, se ha producido una lesión patrimonial. (Ramón Parada, citado en Penagos, 1997, p. 6).

Se consagra de esta manera el derecho a ser indemnizado por toda lesión injusta, pues lo que importa aquí es la situación de la víctima, sus derechos y su condición de igualdad ante los demás, antes que consideraciones acerca de la autoría material del daño.

Innecesariedad del elemento culpabilidad. La característica central de este tipo de responsabilidad es el haber reducido a dos los elementos estructurantes de la responsabilidad, pues al estar fundada esta en el dato objetivo de la existencia de lesión o daño antijurídico, se torna indiferente la concurrencia del dolo o la culpa del funcionario o de la Administración; por ello, se reitera constantemente que en el caso de la responsabilidad objetiva no es necesario establecer la culpabilidad o la negligencia de la actividad administrativa, basta con probar la existencia del daño y la relación de causalidad. Se supera de este modo la influencia del Derecho civil y penal, en los cuales no se concibe una responsabilidad sin un culpable: “Dicha concepción de la responsabilidad se habría así alejado definitivamente de la influencia que en los regímenes de responsabilidad, tanto civil como administrativa, habría operado el Derecho penal en el que no hay responsabilidad sin culpable”. (Ramón Parada, citado en Penagos, 1997, p. 6).

- c) Se aplica en las obligaciones de resultado. Esto es, en ejercicio de actividades peligrosas desarrolladas por la Administración, en las cuales el Estado es guardián, se produce un daño y este está relacionado con la actividad peligrosa. Se consideran dentro de las actividades de riesgo los siguientes eventos: Conducción de automotores y naves; manejo de armas de fuego; conducción de electricidad; la población reclusa; los conscriptos (personas que reciben instrucción militar) y los enfermos mentales.
- d) Se conoce también como régimen de imputación objetiva, en la que se invierte la carga de la prueba a la parte demandada (Administración), la cual debe probar la causa extraña, como eximente de responsabilidad.

En Colombia se ha entendido el daño antijurídico como un determinante genérico y mixto de la responsabilidad estatal dado que este puede ocurrir por la omisión o acción de las autoridades, implica en principio que la falla del servicio queda subsumida dentro del daño antijurídico: “El daño antijurídico supone una naturaleza mixta de la responsabilidad y no una naturaleza exclusivamente objetiva” (Henaó, 1996, p. 802); por tanto, el daño antijurídico puede ocurrir por falla del servicio, riesgo, daño especial, o enriquecimiento sin causa. En conclusión, es un género que cobija varias especies.

Ahora bien, dentro de este tipo de responsabilidad se han considerado varias modalidades, como se expone a continuación.

a. Responsabilidad por Riesgo Creado

Cuando las actividades del Estado generan un riesgo sobre las personas o sobre las cosas y dicho riesgo está por encima del riesgo normal, se genera un riesgo especial, el cual comporta la obligación de indemnizar los perjuicios si estos se presentan. Este tipo de responsabilidad se asemeja mucho al régimen de responsabilidad por actividades peligrosas del Derecho privado (Romero, 2000). Las tesis del riesgo creado permiten la responsabilidad estatal en los daños causados por la fuerza pública y el uso de armas, el transporte o conducción de automotores, los daños realizados por jóvenes delincuentes, enfermos mentales y los presos en sus permisos autorizados.

responsabilidad objetiva, pero en 1994 atenúa esta teoría afirmando que la noción de falla del servicio no ha desaparecido (como efectivamente ocurre).

b. Responsabilidad por Obras Públicas

En este caso se indemniza a los propietarios de bienes o negocios que se ven perjudicados por la realización de obras o trabajos públicos, como la ocupación temporal de los predios, los daños ocasionados a infraestructuras de las edificaciones, la dificultad en los accesos y la movilidad en general.

c. Responsabilidad por Expropiación

La expropiación como mecanismo que tiene el Estado para preservar el interés general sobre el particular en la realización de obras y servicios públicos, genera no obstante, la necesidad de una indemnización previa y justa a favor del particular que ha sido gravado (art. 58, C.P.) Según Romero (2000), no por ser previa pierde la indemnización su carácter reparatorio, ya que en este caso no se trata de una compraventa sino de resarcir el menoscabo a la propiedad. El artículo 59 de la Constitución Política de Colombia establece la expropiación sin indemnización previa cuando circunstancias bélicas lo exijan.

d. Responsabilidad hacia los Funcionarios y Agentes de la Administración

Se contempla para indemnizar los daños o perjuicios físicos o materiales graves de servidores públicos, cuando se exponen a riesgos en el ejercicio de sus funciones. Hoy día están incluidos en el sistema de seguridad social, en lo que se refiere a la atención de riesgos profesionales y enfermedad profesional.

e. Teorías sobre la Responsabilidad del Funcionario frente a la Administración¹⁹

Otro aspecto que evolucionó dentro de las teorías sobre la responsabilidad estatal fue el concerniente a la responsabilidad del funcionario frente al Estado; esto es muy importante para la realización de la presente investigación, pues es aquí donde se ubica de manera especial el tema de la acción de repetición.

En un comienzo, frente a la Administración el funcionario no tenía ninguna responsabilidad cuando esta debía pagar o asumir una indemnización como consecuencia de su conducta. Esto último es lo que se conoce como teoría de la irresponsabilidad del funcionario frente a la Administración, como se verá enseguida.

f. Teoría de la Irresponsabilidad del Funcionario

Durante largo tiempo prevaleció el principio de la irresponsabilidad del funcionario frente a la Administración, pues no se consideraba un elemento importante dentro de las relaciones jurídicas entre el funcionario y el Estado: cuando el funcionario ocasionaba un daño con su conducta se pensaba que era suficiente la reparación del agravio frente al particular, y si existiese alguna falta adicional, estaba el Derecho penal o el Derecho disciplinario para encuadrar la posible conducta desviada. Pero el Consejo de Estado francés desistió de esta teoría en la sentencia *Lareulle* en 1951: el funcionario de allí en adelante responde pecuniariamente ante la Administración por las consecuencias perjudiciales de sus faltas personales (De Laubadère, 1984, p. 112).

g. Teoría de la Responsabilidad Compartida y la Acción de Repetición

A partir del *fallo Lareulle* de 28 de julio de 1951 proferido por el Consejo de Estado francés, se consideró que aun en casos de responsabilidad personal cometidas en el ejercicio de sus funciones o fuera de ellas, por regla general el funcionario debía responder ante la administración, la cual podía repetir en forma directa, o como consecuencia del llamamiento en garantía. Para garantizar la indemnización de las víctimas en los casos de insolvencia del agente, la nueva visión consistió en considerar que la responsabilidad entre la Administración y sus agentes no se excluía, sino que era concurrente, y en consecuencia, podía ser demandado el agente, la administración o ambos, con la posibilidad para el Estado de adelantar la acción de repetición (Rodríguez, 2005, pp. 482-483; García de Enterría y Fernández, 1977, p. 405).

¹⁹ La evolución de este tipo de responsabilidad en Colombia también se puede consultar en Jiménez y Soler (2012).

3. A MANERA DE CONCLUSIÓN

En lo que respecta a los factores que determinaron la parición y desarrollo de las tesis sobre la responsabilidad estatal, se encuentra: a) el ascenso del iusnaturalismo racionalista y la Ilustración; b) el decaimiento de las tesis teológicas sobre el origen del poder político, y c) el aumento de la intervención del Estado en la vida social. Los dos primeros ofrecen una perspectiva de cambio en la concepción del poder político y sus repercusiones en el Derecho, y el tercer factor refleja una necesidad de regulación jurídica de nuevos hechos que devienen como consecuencia de la complejización de la acción estatal.

Sobre el primer punto, el estudio realizado muestra cómo las primeras formas de responsabilidad estatal están asociadas 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.

Con respecto al segundo factor, a partir del Renacimiento se evidencia un debilitamiento de las teorías que fundamentaban el origen del poder político en Dios, ya fuera apelando a las tesis de la naturaleza, la investidura o la providencia divina del gobernante. El movimiento antropocentrista y humanista va a generar la conciencia acerca de la temporalidad del gobernante, la secularización del poder y del Derecho, la rendición de cuentas ante los hombres (con las tesis de la soberanía nacional y soberanía popular), y en consecuencia, el abandono de las ideas de la irresponsabilidad del gobernante por los daños causados a los ciudadanos.

Frente al tercer factor, el final del siglo XIX marca un cambio en el rol y funciones que desempeña el Estado, que dará origen al Derecho administrativo y al refinamiento de la responsabilidad estatal. Si bien el Estado interventor es característico de la segunda postguerra, desde mediados del siglo XIX aumenta el descontento por la situación social y económica producida por el funcionamiento de una economía sometida únicamente a las leyes del mercado; en este contexto, aparecen las tesis socialistas y del liberalismo revisado que darán origen a la fórmula del Estado social. La adopción de un sistema de seguridad social estatal en Alemania y la intervención reguladora del Estado en las crisis de la década de 1880 son apenas aspectos visibles del nuevo papel del Estado en la vida social, tanto en la regulación jurídica como en la prestación y provisión directa de los bienes y servicios. La complejidad que van adquiriendo estos servicios públicos hace que en Francia se genere el incidente que dará inicio al Derecho administrativo y a la responsabilidad estatal moderna.

Lo anterior ayuda a explicar el origen de las teorías de la responsabilidad estatal, pero luego hay un largo camino en el cual se desarrollan diferentes tesis jurídicas sobre la manera como se debe entender y asumir dicha responsabilidad. Debido a la preeminencia y mayor desarrollo del Derecho privado, cuando llegó el momento de establecer las características de la responsabilidad de la administración se recurrió a tesis del Derecho civil (muchas de las figuras del Derecho público son adaptaciones del Derecho privado como, por ejemplo, la representación política, la rendición de cuentas, el contrato de prestación de servicios, entre otros). La evolución posterior del Derecho administrativo ha sido notable en materia de responsabilidad estatal; sin embargo, aún quedan reductos pertenecientes al Derecho penal o disciplinario, como lo es el tema de establecer la culpabilidad de la conducta del funcionario en determinados casos de falla del servicio.

Con respecto a las áreas o campos de acción estatal sujetas a responsabilidad, se puede concluir que en un primer momento se aplicó a la función administrativa (inicialmente identificada con el poder ejecutivo), por obvias razones como la de ser una acción directa sobre los ciudadanos, la variedad y cantidad de servicios prestados y además, por ser la función que cuenta con mayor número de instituciones, funcionarios y presupuesto. Posteriormente la función jurisdiccional ha sido objeto también de responsabilidad estatal (vías de hecho del juez, detenciones arbitrarias, entre otros) y últimamente, la función legislativa tampoco escapa del juicio de responsabilidad estatal (daño causado al expedir una ley, daño por omisión legislativa, etc.) Por todo lo anterior, es mejor denominar genéricamente “responsabilidad estatal o pública”, antes que “responsabilidad administrativa”,

puesto que no solamente es la función administrativa la que se encuentra sujeta al régimen de responsabilidad sino todo el conjunto de actividades que realiza el Estado en cumplimiento de sus fines y funciones públicas.

Finalmente, cabría concluir algo respecto de la evolución de la responsabilidad estatal en un orden mundial caracterizado por la globalización y mundialización, en el cual el Estado-nación ha cedido soberanía en beneficio de organizaciones supraestatales o supranacionales con jurisdicción internacional. En este punto, se advierte la tendencia hacia diversos tipos de responsabilidad supraestatal por la intervención cada vez mayor de organismos globales o internacionales, los cuales en su actuar podrán generar grados diversos de daño antijurídico que alguien tendrá que reparar. Si la soberanía se cede, también se cede la responsabilidad.

BIBLIOGRAFÍA

Bobbio, Norberto (1997). *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*. Breviarios. Primera reimpresión. Bogotá: Fondo de Cultura Económica.

Bobbio, Norberto (1985). "El poder y el Derecho". En: Bobbio, N. y Bovero, M. *Origen y fundamentos del poder político* (pp. 19-36). México: Grijalbo.

Chevallier, J.-Jacques (1974). *Los Grandes Textos Políticos. Desde Maquiavelo hasta nuestros días*. Madrid: Aguilar.

De la Cueva, Mario (1994). *La idea del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica -Universidad Nacional Autónoma de México.

De Laubadère, A. (1984). *Manual de Derecho Administrativo*. Bogotá: Temis.

Ferrero, Guglielmo (1998). *El poder. Los genios invisibles de la ciudad*. Madrid: Tecnos.

García de Enterría, E. y Fernández, T.R. (2004). *Curso de Derecho administrativo I*. Madrid: Civitas.

García de Enterría, E. y Fernández, T. (1977). *Curso de Derecho Administrativo II*. Madrid: Civitas.

Gil Botero, E. (2011). *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Quinta ed. Bogotá: Temis.

Henoa, Juan Carlos (1996). "Responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia". En *Jornadas colombiano-venezolanas de Derecho público* (pp. 793-802). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Hobbes, Thomas (1994). *Leviatán*. Tomo I. Barcelona: Ediciones Altaya S.A.

Hoyos, Félix Francisco (2007). *Guía Institucional de Conciliación en Administrativo*, Bogotá: Ministerio del Interior y de Justicia.

Jiménez, W.G. y Soler, I. (2012). Causas de ineficacia de la Acción de Repetición en Colombia y sus posibles correctivos. En *Revista Diálogos de Saberes*, No. 36, Universidad Libre, pp. 65-80. www.unilibre.edu.co/dialogos.

Locke, John (1994). *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Barcelona: Ediciones Altaya S.A.

López Morales, J. (2007). *Responsabilidad del Estado por error judicial*. 2ª ed. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Maquiavelo, Nicolás (2007). *El Príncipe*. Séptima reimpresión. Bogotá: Panamericana Editorial Ltda.

Parra Gutiérrez, W. (2003). *Responsabilidad patrimonial del Estado*. Daño antijurídico. Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia.

Penagos, Gustavo (1997). *El daño antijurídico*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Petit, Eugene (2003). *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Bogotá: Abogados Asociados.

Rodríguez, Libardo (2005). *Derecho Administrativo general y colombiano*. Bogotá: Temis.

Romero, Héctor (2000). *Responsabilidad civil general y del notario*, Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.

Saavedra, Ramiro (2005). *La responsabilidad extracontractual de la Administración pública*. 3ª reimpresión. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Tamayo, Javier (2000). *La responsabilidad del Estado en la Constitución de 1991*. Bogotá: Ed. Temis.