

ESCUELA DE DERECHO

**TENDENCIAS DE LA
RESPONSABILIDAD CIVIL
Y DE LA RESPONSABILIDAD
DEL ESTADO EN COLOMBIA
Y AMÉRICA LATINA**

Galo Armando Lara Coronel (Compilador)

**TENDENCIAS DE LA
RESPONSABILIDAD CIVIL Y
DEL ESTADO
EN COLOMBIA Y AMÉRICA LATINA**

Rector

Rolando Bechara Castilla

Director Académico

Galo Armando Lara Coronel

Director de Investigaciones

Oscar Javier Torres Yarzagaray

Directora de Biblioteca

María Perla Echeverri Lema

Compilador

Galo Armando Lara Coronel

Autores

Javier Reales España

Donaldo Villegas Tamara

Luis Fernando Reyes Ortega

Luciberto Andrés Hernández Baquero

Luisa Fernanda Arrubla

María Alejandra Benítez Hurtado

Berónica Narváez Mercadom

Lisbeth Carolina Montes Gómez

Jorge Mario Gutiérrez Díaz

Yirlian Vergara Pérez

Alonso Cortina Acevedo

Bleidis Vanessa Quintana Pérez

Sello Editorial Areteus

Universidad del Sinú Elías Bechara Zainúm Seccional Cartagena

Sede Plaza Colón Transversal 54 #30-729

Teléfonos: (57) 3008160304 - (035) 6517013 Ext 2445

Cartagena de Indias, Bolívar, Colombia areteus@unisinucartagena.edu.co

Diagramación EPUB

Luis Felipe Márquez Lora

Diseño de portada

Rubén Egea

Impresión

Impreso en Colombia - Printed in Colombia

Todos los derechos reservados, prohibida su reproducción total o parcial sin la autorización de la editorial.

Lara Coronel, Galo Armando

Tendencias de la responsabilidad civil y de la responsabilidad del estado en Colombia y América Latina/

Galo Armando Lara Coronel. -- Colombia, Cartagena de Indias D.T y C: Areteus, 2021

202 páginas; Ilustraciones; Figuras y tablas.

ISBN: 978-958-52629-8-0 (Impreso)

ISBN: 978-628-7594-05-0 (Adobe pdf.)

ISBN: 978-628-7594-02-9 (EPUB)

Universidad del Sinú Elías Bechara Zainum, seccional Cartagena de Indias D.T y C.

320.41

CDD20

Registro disponible en <http://repositorio.unisinucartagena.edu.co:8080/jspui/handle/123456789/493>

**TENDENCIAS DE LA
RESPONSABILIDAD CIVIL Y
DEL ESTADO
EN COLOMBIA Y AMÉRICA LATINA**

**Galo Armando Lara Coronel
Compilador**

Universidad del Sinú
Elías Bechara Zainúm
Seccional Cartagena

EDITORIAL ARETEUS



CONTENIDO

Presentación	9
Responsabilidad civil por la utilización de mecanismos protección en la defensa de la propiedad	11
Javier Reales España Donaldo Villegas Tamara	
Tutela administrativa y judicial y derechos del poseedor expropiado	49
Luis Fernando Reyes Ortega Luciberto Andrés Hernández Baquero	
La investigación y sanción de los no comparecientes a la JEP como un asunto de responsabilidad estatal	77
Luisa Fernanda Arrubla	
Responsabilidad del Estado por actos del poder Constituyente: la experiencia en el Derecho colombiano	107
María Alejandra Benítez Hurtado	
El régimen probatorio en la responsabilidad del Estado por la falla del servicio médico hospitalario, a partir de la jurisprudencia del consejo de Estado colombiano expedida durante los años 1990 a 2019	131
Berónica Narváez Mercadom Lisseth Carolina Montes Gómez Jorge Mario Gutiérrez Díaz Yirlian Vergara Pérez	
Responsabilidad social universitaria frente a la ejecución negligente de macroproyectos relacionados con la gestión del riesgo	179
Alonso Cortina Acevedo Bleidis Vanessa Quintana Pérez	

PRESENTACIÓN

El libro que aquí se presenta es una colección de artículos fruto del ejercicio de investigación científica que promueve la Universidad del Sinú Seccional Cartagena como parte fundamental de su misión de proporcionar herramientas que sean útiles en la formación integral, procurando la gestión del conocimiento y la investigación constante. Con esta compilación, el Alma Mater da cumplimiento a uno de los objetivos trazados en su horizonte institucional: incrementar la actividad científica y la divulgación de sus productos.

El lector encontrará trabajos que exponen de manera integral tópicos relacionados con el derecho penal, civil y constitucional. Los artículos desarrollan una revisión a diversos hechos que tienen connotaciones jurídicas, como la problemática evidenciada con motivo de la sentencia C-674 proferida por la Corte Constitucional Colombiana en lo relativo a la comparecencia ante la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), o revisan los fundamentos jurídicos de la responsabilidad del Estado colombiano por actos del poder constituyente en Colombia.

Otro conjunto de artículos se dirige hacia ámbitos específicos, como la salud, reflexionando sobre la responsabilidad del Estado por la falla en la prestación del servicio médico hospitalario o en el aspecto universitario, también se analiza la responsabilidad social universitaria frente a la generación de conocimiento para el desarrollo social y económico según los objetivos mundiales de desarrollo para el 2030. De igual manera, otros artículos se centran en evaluar algunos elementos propios del derecho en su aplicación en casos determinados.

De ahí que uno de ellos busque examinar si existen falencias en el proceso de tutela administrativa que afecten la garantía de los derechos del poseedor. Otro de los artículos analiza la figura de la legítima defensa que, según las nuevas tendencias, viene a ser un punto de encuentro entre el derecho penal y el civil.

En definitiva, se presenta una producción de calidad intelectual que representa la autonomía en el pensamiento de los docentes de la Universidad del Sinú Seccional Cartagena y su compromiso con la comunidad académica en la gestión del saber científico. Por todo lo anterior, la institución se complace en divulgar este compendio y transmitir conocimiento por fuera de sus aulas para toda la comunidad.

RESPONSABILIDAD CIVIL POR LA UTILIZACIÓN DE MECANISMOS PREDISPUESTOS EN LA DEFENSA DE LA PROPIEDAD¹

JAVIER REALES ESPAÑA²

DONALDO VILLEGAS TAMARA³

Resumen

Las últimas tendencias en Responsabilidad Civil apuntan a la acusación del daño justificado, donde sobresale la Legítima Defensa, figura propia del Derecho Penal que goza de concurrencia en el Derecho Civil. Seguidamente, se estudiará cómo se materializan esos medios defensivos, las diferentes teorías frente a la utilización de medios generales o medios especiales técnicos predispuestos para ocasionar daño, la proporcionalidad entre los bienes que se pretende defender y el peligro que representan los aparatos predispuestos para observar si las teorías resuelven el problema sin perder de vista soluciones planteadas desde otras normatividades foráneas.

Palabras claves:

Responsabilidad, propiedad, legítima defensa, riesgo, defensas mecánicas.

1 Resultado del proyecto titulado *Legítima Defensa y Responsabilidad Civil: Espacio de confluencia de diversas áreas del Derecho*.

2 Abogado de la Universidad de Cartagena con especialización en Derecho Penal de la Universidad Libre y Responsabilidad Civil y de Seguros de la Universidad del Norte, Magister en Responsabilidad del Comercio de la Universidad del Norte y aspirante a magister en Derecho de la Universidad Nacional. Docente universitario de la Universidad del Sinú. Representante legal jurídico regional de la Compañía Liberty Seguros S.A.

3 Abogado especialista en Derecho Administrativo. Magister en Cooperación Internacional para el Desarrollo. Docente investigador adscrito al grupo de investigación Sociedad y Derecho de la Universidad del Sinú Elías Bechara Zainúm, Seccional Cartagena. donaldo.villegas@unisinu.edu.co

Metodología

Este artículo es el resultado de la ponencia del I Congreso de Responsabilidad Extracontractual del Estado y en América Latina en relación a la responsabilidad del Estado por omisión con ocasión a los daños ocasionados como consecuencia de la utilización de mecanismos predispuestos en la defensa de la propiedad privada. Se trata de una investigación jurídica de tipo analítico, documental y descriptiva que se despliega a nivel dogmático y que tiene por objeto analizar los posibles daños que desencadena el ejercicio de los medios de defensa de la propiedad privada en cabeza del titular de ese derecho y los límites que el ordenamiento jurídico establece respecto de la responsabilidad civil que de ello se deriva.

Este artículo se centra en responder entonces la siguiente pregunta: ¿Cuáles son los fundamentos de la responsabilidad civil derivada de la utilización de los mecanismos predispuestos en defensa de la propiedad privada? Las técnicas que se utilizaron para recolectar la información fueron el análisis documental de fuentes secundarias, como la revisión de textos normativos y de la doctrina que ha abordado el tema investigado.

Introducción

Adentrarnos en el mundo de las causales de justificación es admitir la afinidad entre el Derecho Civil y el Derecho Penal, pues, desde Roma, se dice que entre las fuentes de la obligación está el delito, que genera para la víctima de tan fatídica conducta una sanción penal, un castigo que es consecuencia de ese reproche social que la sociedad le exige al Estado. Es desde ese manto del Derecho donde encontramos muchas fuentes doctrinarias sobre las causales de la antijuridicidad, pero todas ellas repetimos como causal objetiva del injusto penal, así las advierte Reyes (1997) al afirmar que:

Elas conforman el aspecto negativo de la antijuridicidad, porque su presencia convierte en jurídico el comportamiento que sin ellas sería indudablemente antijurídico (pág. 57).

Ahora bien, es cierto que la antijurídica en el ámbito penal hace parte de la estructura del delito, desde sus inicios en la teoría del delito se ha fundamentado en ese principio de lesividad, pues el daño al bien jurídico tutelado es el grado de objeto de la norma y de la responsabilidad penal. No existe conducta delictiva, sino aquella que ha generado un daño y este se estructura en la lesión y el peligro de un bien jurídico tutelado. Igual ocurre en el ilícito del Derecho Civil, pues en la Responsabilidad Civil Extracontractual también se presenta ese daño y, aunque esta no siempre sobreviene de un delito, se sustenta en una lesión en los bienes de protección del Estado. Así, advertimos que estas figuras no son tan disímiles, por el contrario, son análogas si miramos que en sus efectos son el daño causado y la atribución de esa lesión del bien jurídico los que repercuten para el autor en una sanción. También podemos agregar que tanto en la culpa penal como en la civil encontramos criterios de imputación, como la falta al deber objetivo de cuidado, circunstancia que genera responsabilidad al autor del daño. De allí que, tanto en el delito del Derecho Penal como el ilícito de la Responsabilidad Civil Extracontractual, el ciudadano debe responder como garante de que sus acciones no producirán lesiones en los bienes de los otros ciudadanos.

Una u otra modalidad en la presencia de ese daño exige en nombre del pueblo y en cumplimiento de los deberes del Estado una sanción, sanción punitiva para el Derecho Penal y una Reparación para el Ilícito en el Derecho Civil. No se puede perder de vista que el origen del ilícito, cualquiera sea su naturaleza —pública o privada—, no conduce todas las veces a los mismos resultados, pues puede cesar el interés penal en su persecución; no ocurre lo mismo en el derecho civil, que de manera directa exige la responsabilidad patrimonial a las víctimas (la muerte del procesado, por ejemplo). Pantoja (2014) lo advierte citando a Díez:

... pues entonces solo queda un hecho no definido por la jurisdicción competente como delito donde concurre culpa en cualquiera de sus grados, lo que integra el acto ilícito civil originado de una responsabilidad civil autónoma que ha de crearse, ... como

es lógico, el indulto extingue la responsabilidad penal, pero deja incólume la civil. (Pág. 131 y 132).

No todo daño generado de una conducta típica civil amparado en una causal de justificación —legítima defensa— excluye la responsabilidad, sobre todo cuando esta se sustenta en los medios de los que se vale el titular de un derecho en su defensa y mucho más si esas defensas constituyen un amparo patrimonial en la propiedad privada.

Nuestro estudio se centrará en la legítima defensa preventiva en la protección de la propiedad privada, resultando imperioso conocer hasta dónde llega el uso, gozo y disfrute de esta institución del derecho privado, su evolución, la protección legal y los límites en la utilización de esos artefactos mecánicos.

Seguidamente, estudiaremos cómo se materializan esos medios defensivos, las diferentes teorías frente a la utilización de medios generales o medios especiales técnicos predispuestos para ocasionar daño, la proporcionalidad entre los bienes que se pretende defender y el peligro que representan los aparatos predispuestos para observar si las teorías resuelven el problema sin perder de vista soluciones planteadas desde otras normatividades foráneas.

Estos y aquellos nos dirán hasta dónde la utilización de medios en la defensa de ese inviolable derecho que nuestra carta protege es permisiva y hasta dónde estos son limitativos en nuestra sociedad, o si de verdad estamos frente a una nueva modalidad de responsabilidad que se aparta de los criterios objetivos de justificación del daño.

En resumen, nuestro estudio se inicia con unas cuestiones preliminares relativas a la propiedad y su protección, conocer cuáles son los comportamientos dañosos para luego adentrarnos a esos medios de defensa y posteriormente dilucidar si ellos denotan en una responsabilidad civil.

Resultados

1. GENERALIDADES SOBRE LA PROPIEDAD PRIVADA

La institución jurídica de la propiedad a través de la historia ha tenido sus evoluciones, constituyéndose como primera forma en una propiedad colectiva hasta llegar a nuestros tiempos en una individual. Coexistieron estas dos modalidades con ciertas características, como indica Novoa (1979):

En Roma la propiedad aparece en la primera época como una institución religiosa, en la segunda asume un carácter aristocrático y, en una última, llega a transformarse en propiedad individual o privada (p.7).

El concepto de propiedad privada es amplio, ya ejercida y comprendida sobre todos los bienes muebles e inmuebles, actualmente se define con diferentes modalidades que la doctrina ha llamado especiales, tales como la propiedad de aguas, mercantil, industrial, intelectual, la comunidad y dominio, copropiedad, la horizontal, multipropiedad, agraria, los establecimientos mercantiles y títulos de valores (Peña & Peña 2006). También se reconoce la propiedad urbana y rústica, pero todas estas no son objeto de estudio en el presente artículo, ya que nos adentraremos en la propiedad privada sobre las tierras, queriendo decir así, al dominio de inmuebles, siendo en estos donde generalmente se utilizan mecanismos como protección por parte del propietario. Iniciaremos con un pequeño recuento histórico del origen de esta institución, así como con algunas conceptualizaciones, características para llegar a explicar los mecanismos de protección jurídica y tratar de exponer esa defensa que denominamos *material*.

Rasgos históricos de la propiedad privada

Los orígenes de la propiedad privada se remontan a la época de Roma, donde se identificaba con el término *dominium*, pero

no como un concepto definido sino con algunos elementos que la describían. Según La Cruz, J., Sancho, F., Luna, A., Delgado, J., Rivero, F. & Rams, J. (2000), la primera manifestación del dominio que se originó fue sobre los bienes muebles, como los vestidos, alimentos, útiles de trabajo y las armas para la defensa o caza; posteriormente fue reconociéndose a las tierras.

Los rasgos de la propiedad privada sobre la tierra se originan desde la génesis del antiguo Estado ateniense, pero es en Roma con la aparición del texto legal de las 12 tablas que a sus ciudadanos se les confirió el derecho de adquirir propiedad privada sobre tierras romanas y no sobre aquellas tierras que habían sido conquistadas. A ese reconocimiento legal sobre las tierras se le denominó propiedad quiritaria, posteriormente apareció la propiedad bonitaria, que consistía en una mera posesión de los bienes muebles e inmuebles a los que podían acceder aquellos que no eran ciudadanos romanos. Ya en la época clásica de Roma, el emperador Justiniano hace una unificación de todo el sistema dando origen a la propiedad privada romana en un régimen típico y particular con carácter de absoluto, exclusivo y perpetuo (Novoa, 1979).

Con la caída del imperio romano surge el feudalismo en la edad media, en este tipo de organización sociopolítica se presentaba la jerarquización en donde el poder era centrado en el rey, quien repartía sus tierras a la nobleza a cambio de obediencia y servicio. La manifestación de la propiedad en esta época se presentó en dos figuras, el dominio directo del señor que se expresaba en el derecho que otorgaba el monarca de transferir la propiedad de las tierras a sus súbditos y el dominio útil del vasallo, en donde estos súbditos, ya fuesen condes, duques o marqueses, entregaban las tierras a otra clase más baja para que las trabajaran y suministrar a los señores parte de lo que producían. Al respecto, Camps y Arbioix (citado por Peña & Peña 2006) expresan:

la filosofía jurídica del feudalismo radica en un contrato conocido como el de *do ut facias*, en virtud del cual el príncipe o señor da en

feudo bienes de su propiedad a cambio de que el vasallo contraiga la obligación de prestar fidelidad y servicios personales (p. 451).

El análisis histórico abordado hasta el momento nos permite aseverar que el sistema feudal se erigió como atraso a la intuición de la propiedad privada que se había desarrollado e instituido con caracteres ya definidos en el imperio Justiniano con un alcance individualista exequible a todos los ciudadanos. Señala Ochoa (2011) que la reconstrucción de la propiedad como institución desmejorada por el feudo se restableció con la revolución francesa, pues uno de sus principales propósitos era suprimir el sistema feudal, supresión que logró la Asamblea Nacional Constituyente con la abolición de ese sistema.

Este código resolvió abolir los derechos impuestos por el feudalismo y por los consentidos o contratados sin pagar indemnización. Así se fueron suprimiendo el servilismo, el derecho de mano muerta, los derechos sobre pastoreo, caza y palomar, los de desheredamiento, bastardía y extranjería; respecto a los derechos consentidos o contratantes, llamados así en virtud de que hicieron uso de la ficción jurídica de haber sido aceptados por el vasallo a cambio de servicios o tierras como los censos y traspasos en ventas, se permitió su rescate mediante una contraprestación voluntaria (Peña, Peña 2006, p. 454,455).

No obstante, el acontecimiento histórico con más realce que marcó la revolución burguesa fue la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que, con respecto a la propiedad, al igual que a la libertad, la seguridad y la resistencia a la opresión, los atribuyó como derechos naturales e imprescriptibles del hombre —Artículo 2— y también categorizó a la propiedad como un derecho inviolable y sagrado -Artículo 17-. Conforme a estos rasgos, según Ochoa R. H. (2011), el código napoleónico en su artículo 544 definió a la propiedad como el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta con tal que no se haga de él un uso prohibido por las leyes o los reglamentos, definición que fue acogida en toda su estructura en muchas legislaciones de los países, entre ellos Colombia, que además le integró el aspecto de función social de la propiedad.

Propiedad privada en Colombia: concepto y régimen jurídico

Todo el proceso de transformación que tuvo la propiedad, con los elementos del sistema romano y los componentes del sistema de la revolución burguesa planteados y definidos en el código civil napoleónico, es implantado en Colombia. Manifestándose desde la época de la conquista, Peña y Peña (2006) lo dividen en dos grandes épocas a partir del estudio jurisprudencial que sobre el tema abordó la Corte Suprema de Justicia:

... la época de la conquista y colonia, y la época de la república hasta nuestros días; a su vez, esa primera época ha sido tratada por la citada sentencia como compuesta de cuatro grandes periodos: el primero comprende el Descubrimiento y la conquista, de 1492 a 1591; el segundo es conocido como las Cédulas del Pardo y va de 1591 a 1680; el tercero va desde 1680 hasta 1754 y comprende el Código de Indias o Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias; el cuarto, conocido como el de las Cédulas Reales de San Lorenzo, expedidas en 1754, y de San Idelfonso en 1780. (Peña y Peña, 2006)

La segunda época, de la Independencia y la República hasta nuestros días, tiene una regulación constitucional contenida en las distintas cartas desde 1810 hasta 1991. En esta época se incluye la legislación vigente, la cual comprende la Ley del 11 de octubre de 1821, la Ley de 1843, la Ley 70 de 1866 y el Código Fiscal de 1873, y, por último, el régimen constitucional desde 1936 hasta 1991 y el Código Civil colombiano de 1887, el cual rige actualmente. (p. 479).

En nuestro ordenamiento jurídico actual, la propiedad privada es un derecho protegido por la Constitución (Artículo 58 de la C.N.) y en la legislación civil, es denominado también como dominio (Artículo 669 del Código Civil); la Corte Constitucional de Colombia en numerosas sentencias, entre ellas la C-189 del año 2006 con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil, ha indicado que la propiedad privada como fundamento de las relaciones económicas, sociales y políticas ha sido

concebida a lo largo de la historia como aquella relación existente entre el hombre y las cosas que lo rodean, que le permite a toda persona, siempre y cuando sea por medios legítimos, incorporar a su patrimonio los bienes y recursos económicos que sean necesarios para efectuar todo acto de uso, beneficio o disposición que requiera. Otra definición de la propiedad expresa:

... se refiere al derecho del dueño o de los dueños, reconocidos formalmente por la autoridad pública, a explotar los activos excluyendo a todos los demás y a venderlos o disponer de ellos de otra forma.

También Velásquez (2000) ha expresado:

La propiedad es el derecho real por excelencia, el más completo que se puede tener sobre un objeto. Los otros derechos reales se deducen de él y son, por tanto, sus desmembraciones (Pipes, R 2002, p.167).

Al derecho de propiedad se le atribuyen varias características (Sentencia C-189), entre las cuales se pueden destacar las siguientes: (i) Es un derecho pleno porque le confiere a su titular un conjunto amplio de atribuciones que puede ejercer autónomamente dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico y los derechos ajenos; (ii) Es un derecho exclusivo en la medida en que, por regla general, el propietario puede oponerse a la intromisión de un tercero en su ejercicio; (iii) Es un derecho perpetuo en cuanto dura mientras persista el bien sobre el cual se incorpora el dominio, y además, no se extingue -en principio- por su falta de uso; (iv) Es un derecho autónomo al no depender su existencia de la continuidad de un derecho principal; (v) Es un derecho irrevocable, en el sentido de reconocer que su extinción o transmisión depende por lo general de la propia voluntad de su propietario y no de la realización de una causa extraña o del solo querer de un tercero; finalmente, (vi) Es un derecho real teniendo en cuenta que se trata de un poder jurídico que se otorga sobre una cosa, con el deber correlativo de ser respetado por todas las personas.

Defensa de la propiedad privada

El desarrollo histórico del tratamiento jurídico de la propiedad ha permitido también construir un régimen jurídico de protección, en el que tenemos las acciones reivindicatorias, la declarativa, la negatoria, preparatoria y cautelar, y, a manera de mención, la acción de reivindicación. La doctrina, explica Lacruz et al. (2000), se trata de una acción de naturaleza real que puede ejercitarse erga omnes, es decir, contra cualquiera que perturbe o lesione el dominio de la cosa (la posesión del derecho) por el dueño; recuperatoria, puesto que su finalidad es obtener la restitución de la mencionada posesión jurídica; y de condena, ya que se solicita un determinado comportamiento restitutorio del demandado como objeto de la condena de la sentencia (P 285).

En la legislación civil colombiana, más exactamente en el artículo 946, se hace referencia a la reivindicación o acción de dominio como aquel derecho que tiene el propietario de un bien singular de solicitar ante autoridad judicial o con funciones judiciales para que le restablezcan el bien que ha sido posesionado por un tercero. Conforme a la acción declarativa, Diez-picazo & Gullón (2001) manifiesta que la acción reivindicatoria no se detiene solo en la mera condena del demandado a que reconozcan el dominio del actor, sino que aquel es condenado a la restitución de la cosa que detenta indebidamente, la acción declarativa del dominio, admitida por una constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, tiene como fin la condena del demandado a que reconozca el dominio del actor simplemente, que discute o se atribuye ese derecho, sin aspiraciones de reintegración de la posesión que detenta en ese proceso.

La acción declarativa exige la prueba del dominio por el actor y la identificación de la cosa en iguales términos que la acción reivindicatoria, pero no que el demandante se halle en su posesión. La legitimación pasiva corresponde, pues, a los que nieguen o contesten simplemente el derecho de aquel. (p.178).

Algunos doctrinantes exponen que en Colombia la acción

declarativa no se encuentra consagrada en el ordenamiento civil, otros autores consideran que sí está estipulado, pero no en el código civil propiamente, sino que se basan en el Código General del Proceso en la figura jurídica de la acción de pertenencia, ya que esta es la manera de obtener la declaración del dominio por medio de la usucapión (Peña & Peña, 2006).

Cuando algún tercero alega que es titular de derecho de gravamen, como servidumbre, usufructo, hipoteca, que recaen sobre el bien de un propietario, este puede ejercer la defensa sobre la integridad de su dominio mediante la acción negatoria (Lacruz, 2000). La finalidad de esta acción es que la autoridad judicial o con funciones judiciales declare la ausencia o inexistencia de estos gravámenes, en el código civil colombiano el artículo 907 dispone:

si concedida la servidumbre de tránsito en conformidad a los artículos precedentes llega a no ser indispensable para el predio dominante por la adquisición de terrenos que le dan un acceso cómodo al camino, o por otro medio, el dueño del predio sirviente tendrá derecho para pedir que se le exonere de la servidumbre, restituyendo lo que al establecer ésta se le hubiere pagado por el valor del terreno.

Y el artículo 427 del Código de procedimiento Civil, en el numeral 7, párrafo 2º:

se tramitarán en proceso verbal ... Reducción de la pena o hipoteca o prenda en los casos consagrados en la ley, sin perjuicio de que pueda pedirse en el proceso en que se demanda el cumplimiento de la obligación.

En cambio, la querrela de amparo y de despojo, y la denuncia de obra nueva y de ruinosas, son acciones que en una u otra forma protegen el dominio y no sólo la posesión; las primeras, por cuanto tratan de salvaguardar la posesión material de los bienes y las segundas por cuanto miran, más que a la posesión, al ejercicio del derecho de propiedad, estableciendo restricciones o limitaciones a este ejercicio a fin de evitar daños o conflictos que afecten la libertad de goce. (p. 569).

De manera somera, se trataron de explicar los mecanismos jurídicos establecidos en la legislación con base a la defensa o protección del dominio, pero hay otros tipos de defensas, que los propietarios han venido usando pero que en nuestra legislación no se encuentran reguladas y son las que se denominan como mecanismos predispuestos o defensas mecánicas predispuestas, que serán definidas y desarrolladas en los títulos continuos.

2. COMPORTAMIENTO DAÑOSO Y SU LEGITIMIDAD EN LA DEFENSA DE LA PROPIEDAD

En la defensa de la propiedad privada, el titular siempre tendrá protección estatal, así se prevé en la Constitución nacional de 1991 al advertir que las autoridades están constituidas para la protección patrimonial de sus coasociados, pero no todas las veces esa protección es oportuna y eficaz, pues la delincuencia muchas veces actúa sin que las autoridades puedan responder directamente a ese ataque; la clandestinidad y la indefensión son factores aprovechados por los dueños de lo ajeno contra los bienes jurídicos tutelados (la vida, honra y propiedad).

El Estado proporciona, en aras de defender la propiedad o peculio, la utilización de medios defensivos como alambrados, vidrios rejas eléctricas y otros, que, colocados en los sectores vulnerables de la propiedad, indican a terceros que ante la posible penetración o interrupción pueden resultar lesionados, mírese como ejemplo de esos elementos generales defensivos los alambres de púas, vidrios en las paredes, lanzas en los bordes etc. Es precisamente la utilización de esos medios de defensa que la doctrina ubica en las causales de justificación, más concretamente en la legítima defensa, criterio objetivo que no permite regular indemnización, pues esa causa impide desde la órbita del derecho penal una forma de responsabilidad.

Relación del Derecho Penal y el Derecho Civil

Entre el Derecho Penal y el Derecho Civil siempre existirá una relación muy estrecha en el estudio de cualquier tema jurídico, más si los involucramos en la teoría de la reparación del daño. Ejemplo de ello son los ingredientes normativos que utiliza el legislador en la creación de una norma prohibitiva, los cuales buscan una interpretación clara de la norma, ingredientes que muchas veces para su comprensión y significado son propios del Derecho Civil (el término mueble en la construcción de la norma prohibitiva del hurto), así mismo el Derecho Civil en el grado de interpretación de uno u otro tema se sustenta en el penal, tal es el caso de las Causales de Justificación en la responsabilidad civil.

El Derecho Penal sustenta su estructura dogmática en un listado de normas sistemáticas (Derecho Penal especial) de orientación prohibitiva que en las palabras de Enrique Basigalupo (2007) es *el conjunto de elementos que caracteriza un comportamiento como contrario a la norma* (p. 219). Normas de carácter imperativas que el Estado, en uso de su control social muestra como límite de las libertades y garantías, donde no es dable a los particulares mostrar criterio distinto al que exige la norma positiva penal. Por su parte, el Derecho Civil estructura su orientación a unas de las fuentes de obligación donde los hechos no se encuentran determinados por el legislador, pues aquí el Estado nos liberta en actuaciones facultativas con predominio en la voluntad de las partes.

Tenemos entonces que el ilícito del Derecho Civil y el delito del Derecho Penal tienen una misma fuente, de donde se desprende que el género obligacional parte de la contradicción del comportamiento con lo ordenado por la norma positiva, hecho que se identifica en nuestra legislación como la antijuridicidad. En ese mismo sentido lo describe Hans Welzel (2004) cuando expresa que es

... el desacuerdo de la acción con las exigencias que impone el derecho para las acciones que se realizan en la vida social. Es el desvalor jurídico que corresponde a la consecuencia de esa divergencia. (p.57).

En el Derecho Penal es incansable el estudio entre lo injusto o justo del daño, uno u otro, formal o material, es la violación del bien jurídico de protección de la norma con causa o no justificable, de allí el criterio negativo que llamamos así por la existencia de un daño que no genera el reproche social a pesar de haberse lesionado o puesto en peligro un bien tutelado por la ley. Así las cosas, la antijuridicidad como criterio contrario entre el comportamiento y la norma es diferente al termino de daño, pues este resulta en la opinión de Ghersi (citando Lorenz, 2012) de la

alteración desfavorable de las circunstancias que, como consecuencias de un hecho determinado se producen contra la voluntad de la persona y afecta a bienes jurídicos que le pertenecen (Personalidad, libertad, honor, patrimonio) (p. 216).

Conforme a lo anterior, para identificar el daño resarcible, este debe, según La Tourneau (2004),

ser cierto, personal de quien reclama, antijurídico, ilegítimo o no justificado, debe estar causalmente relacionado con el hecho generador y encuadrado una categoría legalmente resarcible trascendente o significativo, legítimo y subsistente. (p. 60 y 61)

y ese daño adquiere trascendencia jurídica en la Legítima Defensa. De ahí que Barrera y Santos (1997) afirmen que

cuando produce un perjuicio al agresor o se adecua a un tipo penal, obviamente, para el Derecho civil importa es la primera hipótesis en la medida que nos lleva a la pregunta sobre si dicho perjuicio tiene la categoría de daño generador de responsabilidad o si por el contrario no, caso en cual deberá inquirir por el fundamento de la irresponsabilidad Civil. (p. 222).

La justificación es admitida en nuestro derecho y constituye para su presencia una serie de condiciones que compartimos en la necesidad de advertir una situación de agresión o ataque, que sea además objetiva, pues en la legítima defensa putativa (defensa y error) otro es el análisis, esta se sustenta en el error, talante subjetivo en la mente del que asume su defensa que debe ser intencional, actual e inminente, injusta y cuya forma sea proporcional a la agresión.

Es común aceptar la figura excluyente de la antijuridicidad, y más si esta involucra perjuicio en el agresor o víctima, por eso Planiol y Ripert (1936) señalan que

tanto en el plano civil como en lo penal se justifica el perjuicio causado a otra persona en el ejercicio de la legítima defensa. Al declarar la Legítima Defensa de un tercero, la ley hace de cada ciudadano un defensor del Derecho frente a aquel que por medio de un acto ilícito se coloca fuera de su protección (p. 777).

Se ha dicho hasta ahora que existe una relación muy estrecha entre el Derecho Penal y el Derecho Civil, entre el ilícito civil y el delito penal, sustentado siempre en su estructura normativa su antijuridicidad y su culpabilidad. Esa relación no es igual cuando hablamos de la reparación del daño, que en el plano del conocimiento del ámbito penal es objetiva y no hay responsabilidad como criterio general. Circunstancias que no son del mismo resorte en el derecho civil, pues se sustenta en criterios subjetivos y objetivos que suelen identificar como verdaderas modalidades de responsabilidad civil. Ahora bien, nos corresponde estudiar la legítima defensa preventiva dentro esos derroteros normativos para mirar si es de resorte el deber de indemnizar.

Legítima defensa preventiva como mecanismo de defensa y de causación del daño

Hasta ahora hemos proporcionado una ilustración en la teoría general de las causales de justificación, en especial la legítima defensa, y en ella hemos mirado el daño como criterio para verificar si este es indemnizable o no. Con criterio análogo hemos visto tanto en el derecho Penal como en el Derecho civil dichas figuras y las conclusiones que nos muestra la doctrina general si el daño está justificado y no encontramos mecanismo para la indemnización del agresor. Por tal razón, nos corresponde, ante la presencia de una figura especial o defensa mecá-

nica predispuesta, analizar si se puede asumir un criterio en la acusación del daño y si existe el deber de indemnizar.

Así reconocemos que el hombre desde los primeros tiempos buscó su máxima de protección ante los posibles miedos originados de la noche y el día, colocando vallas o muros a fin de evitar la penetración de animales y extraños sin autorización a su protección patrimonial. Patrimonio que el mismo Estado protege al aceptar la propiedad como derecho absoluto, tal vez no el concepto individualista que se enroló con teorías propias de la Revolución francesa, ni mucho menos la limitación con la teoría socialista de final del siglo XX a partir de la Constitución de Bismark en 1919, sino la mirada en la teoría solidarista donde la propiedad tiene una función social, cónclave con el intervencionismo estatal frente a la protección del patrimonio. No es el carácter propiamente social o funcional el determinante en la protección de la propiedad, sino las facultades que el Estado brinda a los ciudadanos dentro de los límites en el ejercicio y goce de su patrimonio lo que lo individualiza en elementos como respuesta ante el agresor enemigo de dicha propiedad.

Esos elementos de los cuales se ha valido el hombre en la defensa de su propiedad, como alambrado de púas, cercas con dagas y muros previstos de vidrios, son ejemplo de nuestra historia en la defensa al extraño, pero se puede advertir que los mismos son de carácter preventivo, de obstáculo o impedimento a cualquiera que vea la facilidad de no respetar el patrimonio ajeno identificado en la propiedad. El profesor Ignacio Villalobos (citado por Gómez, 1991) afirma que

Estas instalaciones meramente defensivas que sirven para dificultar el paso o el acceso a la morada humana han recibido el nombre de ofendículos; término que viene del latín *Offendiculum*, con el cual se denominó exclusivamente a los aparatos de defensa de la propiedad y del domicilio, destinado por su naturaleza a dificultar el ingreso a sus moradores: los ofendículos son tropezos o estorbos contra el intruso y no medios de ataque.(p. 408).

Entonces son mecanismos defensivos y preventivos ante un posible ataque, ataque aleatorio que puede darse o no, circunstancia que como se puede ver desvirtúa uno de los factores o condiciones de la Legítima defensa —la actualidad—, pues el agente se adelanta ante las posibilidades de ataque, es decir, la agresión es solo una expectativa que puede ocurrir o no, pero esos mecanismos limitan o detienen al posible agresor ante la expectativa de interrumpir en alguna morada. Quien coloca elementos de protección a la propiedad no enfrenta agresión alguna actual e inminente, sólo prevé un posible atentado en el ejercicio de su derecho de repeler al extraño, que se vale de la clandestinidad o de su no presencia en la propiedad. Ese medio de protección muchas veces suele ser objetivo en aras de buscar prevención al ataque del patrimonio efectivo de una persona identificada en la propiedad.

Así lo prevé la doctrina de quienes niegan la utilización de elementos defensivos como legítima defensa y con su fundamento, tal como ya se señaló, lo identifican en la falta de uno de los requisitos del eximente — la actualidad o inminencia — en ese sentido, señala Manzinni (1971) que el

ofendicula no es propiamente un caso de Legítima Defensa, pues hace falta la actualidad del peligro al momento de colocarlo; se trata del ejercicio del derecho; la lesión que el ladrón sufre al intentar penetrar al muro es, más que un hecho del dueño de la casa, un resultado propio de la conducta del asaltante similar a cuando resbala y cae del techo (p.113).

Esta importante anotación nos determina a pensar que el daño es propio del infractor de la ley, es decir, asume su propio riesgo. Ello bajo el entendido de que la persona dentro de su previsibilidad conoce el riesgo y una advertencia objetiva conlleva inmediatamente al desistimiento del ataque, su representación del daño le permite afrontar su lesión. Previsibilidad que no sucede cuando estos medios son ocultos o quizás excesivos en la defensa de la propiedad.

Modalidades de defensa en la protección de la propiedad

Como se puede ver, el ejercicio de la legítima defensa a la propiedad privada tiene varias modalidades, entre las cuales encontraremos unas propias de la figura de la legítima defensa que excluye la responsabilidad penal como la responsabilidad civil; otras encierran un verdadero camino a una nueva responsabilidad civil extracontractual.

3. MECANISMOS GENERALES DE PROTECCIÓN A LA PROPIEDAD

Reciben también el nombre de ofendículos comunes y representan el ejercicio habitual en la defensa de la propiedad privada. Son mecanismos objetivos de prevención a todos los componentes de la sociedad y se familiarizan con vidrios en la parte superior de las paredes, cercas con alambres de púas, muros con hojas afiladas, rejas con elementos punzantes y plantas espinosas, es decir, medios que persuaden a cualquier morador de resultar lesionado si opta por penetrar a la propiedad.

Es fácil determinar en esta modalidad de defensa la justificación en el daño causado, sin importar si se trata de un agresor intencional o inocente, pues es claro que el solo hecho de penetrar a la vivienda o propiedad ya representa en el extraño una violación a la propiedad privada y el daño a su integridad es comprensible, pues se lo causa él mismo, análogamente hablando, dicho daño es asimilable al que camina descalzo sabiendo que hay vidrios en el piso y no puede endilgarse a otra persona sino a él mismo, diremos nosotros, en criterio de causación del daño, es asumir su propio riesgo.

En resumen, esta modalidad de defensa no tiene mayor discusión, pues en la misma se determina para el intruso —inocente o no— las lesiones o muerte ocasionadas como consecuencias de la utilización de medios preventivos objetivos no genera respon-

sabilidad ni penal ni civil, pues se entiende que el daño se debe a su propio riesgo, el agente agresor asume desde el momento del escalonamiento cruzar sin lesionarse o, en su defecto, aceptar su propia lesión al intentarlo. Así lo señala Soler (1985):

Los ofendículos constituyen el legítimo ejercicio de un derecho cuando consiste en un escollo obstáculo, impedimentos que oponen resistencia normal, conocida y notoria que advierte (previene) al que intente violar el derecho ajeno. Las lesiones ocasionadas en estas circunstancias son imputables a quien trató de superar esas barreras (p. 325).

Mecanismo predispuesto para causar daños en la defensa de la propiedad privada

Esta modalidad de mecanismo defensivo es más agresiva en la defensa de la propiedad donde no se busca una simple advertencia, sino actuar ofensivamente con elementos que se encuentran ubicados de tal manera que no son de advertencia, sino para causar una lesión a quien quiera interrumpir en el lecho ajeno. Trampa, vallas eléctricas o armas de fuego predispuestas buscan producir un efecto dañino lesivo en donde el daño producido para algunos está amparado en la legítima defensa en ejercicio del derecho, en la legítima defensa privilegiada, en el exceso o en una verdadera acción lesiva de daño culposo u eventual. Circunstancias que es necesario mencionar para efecto de tomar partido entre algún motivo sin olvidar la estructura de la causal de justificación frente al daño.

Encuadrar una u otra posición es limitar la generalidad en los conceptos jurídicos, pues estaríamos en algunos casos frente a la verificación subjetiva del agresor, quien más tarde pretenderá ser víctima inocente; además, está la capacidad defensiva del agente titular del derecho de propiedad, quien mirará su defensa en forma proporcional a los bienes protegidos. Por tal sentido, en aras de sentar postura o apartarnos de ellas, es necesario mirar algunas de las más reconocidas a fin de observar algunos principios que constituyen un verdadero campo de

responsabilidad.

Teoría de la existencia de una legítima defensa como justificante del daño

En síntesis, tenemos que advertir que la utilización de elementos predispuestos para causar daño para los defensores de esta tesis se encuentra justificada en la causal objetiva de legítima defensa, argumentando en el deseo de proteger su derecho a la propiedad sin olvidar el conocimiento o factor subjetivo desde el punto de vista de la víctima agresor y víctima inocente.

Es exagerada la tesis en la defensa de la propiedad sin ningún limitante en los elementos utilizados, pues ella genera justicia con las mismas manos, donde le es permitido constituir un ejército para retener procesar y ajusticiar al presunto intruso que, sin protección de sus derechos fundamentales, debe soportar cualquier daño. Se estaría en un verdadero estado de legitimación total con o sin causa donde solo se mirará el aspecto objetivo en la penetración para justificar cualquier consecuencia dañina sin importar si existe información suficiente o no.

Teoría de la existencia de un exceso en la legítima defensa

Esta presume que la utilización de un mecanismo predispuesto para causar daño va más allá del ejercicio de la legítima defensa, su razón se orienta en sobrepasar los límites establecidos por los requisitos en el ejercicio de la defensa (proporcionalidad, actualidad, necesidad), así lo advierte Magguiore (1971) cuando expresa que:

si conocido el alcance de la lesión o no, pues para uno u otro el conocimiento prevé un exceso. (p. 61). El autor justifica la utilización de dichos elementos predispuestos y reconoce que, si el resultado de la lesión es consecuencia de los elementos utilizados, se debe responder por el exceso (p. 61 a 62).

Es natural que, si miramos cualquier sobrepaso en los

medios de la defensa por los medios utilizados o por necesidad de la respuesta, constituye en la vista de cualquier observador un exceso en la causal de justificación y por tal puede haber responsabilidad penal, la cual, como ya lo manifestó Magguiore, existirá, pero atenuada, concepto que abriría campo a una responsabilidad indemnizatoria, donde existiría una condena por el hecho penal y una indemnización por la causa civil.

Teoría de la legítima defensa privilegiada

Otra parte de la doctrina es el argumento de que hay que diferenciar si el agresor es inocente o no. En ese sentido se pronuncia José Peco cuando advierte que en la utilización de mecanismo predispuesto para causar daño debe tenerse en cuenta si la víctima es agresora o si es inocente, concluyen que si es el primer caso será Legítima Defensa y en el segundo, Legítima Defensa Privilegiada (citado por Gómez 1991).

Se aduce la primera bajo el entendido de que el intruso pretende ocasionar daños y los mecanismos realizan el fin de ellos, es decir, repelen al extraño, aun a costa de causarle la muerte. Mientras la segunda es una figura propia de la culpabilidad, en donde el conocimiento está influenciado por un error, pues el agente cree que se defiende de una agresión del extraño. Ejemplo de esta situación es quien, creyendo estar amparado por una causal de justificación —legítima defensa— dispara su arma de fuego a un tercero suponiendo que éste iba a sacar un arma cuando realmente solo intentaba sacar un pañuelo.

La lesión del agresor se justifica cuando este busca causar un daño que se estructura con la simple penetración en la habitación ajena, la cual permite repeler al extraño así se encuentre presente el titular o no, más no ocurre lo mismo cuando existe un error en la mente del causante del daño, que ataca por la simple creencia que se ve amenazado. Esta modalidad justificante del comportamiento no es mirada desde el punto de vista de la objetividad de la causal justificación, sino más bien del justificante de la culpabilidad, pues ella conlleva a un criterio propio del aspecto subjetivo de la mente. Ante ello existirá un daño que es propio de la responsabilidad civil, pues desde el punto de vista penal está excluido conforme a lo que establece

la normatividad sustantiva de la ley 559 del año 2.000 artículo 32 del C.P.

Teoría inexistencia de justificante en la acusación del daño

Son diferentes las soluciones que se han planteado en el análisis de la responsabilidad penal en la utilización de mecanismos predispuestos para causar daño, y todas ellas terminan excluyendo su responsabilidad, sin embargo, es desde esos planteamientos donde se pueden encontrar argumentos para una responsabilidad extracontractual en la utilización de esos medios predispuestos.

Ya Soler (1985) en sus escritos planteaba la utilización de esos medios como

la intensificación innecesaria de la acción judicialmente justificada cuando el sujeto en las condiciones en que concretamente se halló pudo emplear un medio menos ofensivo e igualmente eficaz (p.387).

En el derecho penal bien se ha entendido que dicha circunstancia amerita responsabilidad penal, pero en una modalidad atenuada.

Cuando la víctima ante la agresión de un tercero actúa en defensa propia utilizando un mecanismo predispuesto sus daños están justificados por la ley. Pero ello no es absoluto, pues no todos los medios le están permitidos: existen límites en la reacción y en los medios para neutralizar el ataque, que deben tener una coherencia con el nivel de la agresión. De lo contrario, el agresor se convierte en víctima.

Ya en este orden de idea se había pronunciado Causiño (1979)

... los mecanismos predispuestos de defensas automáticas jamás pueden justificar a pretexto de legítima defensa. Sus posiciones se resumen en la actualidad de la agresión, pues hace falta el elemento subjetivo o, como lo señala el mismo autor, *ánimo defensivo* (p. 278 a 279).

Dichos elementos por no ser actuales son contrarios al ordenamiento jurídico y no pueden respaldarse en la causal de justificación.

Estos enunciados representan hasta dónde existe alcance de visualizar responsabilidad civil por la utilización de mecanismos predispuestos en la defensa de la propiedad, pues podemos concluir en este momento que si los medios utilizados son generales u objetivos estos no representan mayor discusión, estamos frente el ejercicio del derecho de la propiedad que, como ya se dijo, encuentra asidero en nuestra constitución; mientras, si utilizamos medios predispuestos especiales, cambia la naturaleza de responsabilidad, esto si los medios predispuestos para causar daño están autorizados dentro del límite permitido o si, por el contrario, exceden los límites permitidos.

4. RESPONSABILIDAD CIVIL POR LA CAUSACIÓN DEL DAÑO EN LA UTILIZACIÓN DE MECANISMOS PREDISPUESTOS EN EL EJERCICIO DE LA PROPIEDAD

Los aspectos históricos de nuestra vida han estado unidos a los avances tecnológicos y científicos que, cada vez más, facilitan y limitan el normal ejercicio de nuestros derechos, precisamente el ejercicio de ellos trae consigo bienestar y peligros, máxime si el Estado autoriza sus realizaciones dentro del límite de su desarrollo permisible. Así el Estado se hace más gendarme en la protección y garantía de los bienes jurídicos, donde no se puede quedar atrás el ejercicio y goce de la propiedad privada, garantía de protección y defensa de nuestro patrimonio, entre los que se puede enunciar mecanismo de defensa predispuesta.

Esos medios de disposición mecánica, como suele interpretarse, no son deliberados y sin control, el Estado les imprime, como a todas las actividades peligrosas, limitantes en su ejercicio conforme a la ley y los reglamentos. Precisamente, ese mismo Estado regulador de la convivencia en sociedad que

limita su aplicación, control y ejercicio facultará su desarrollo siempre y cuando ellos sean objetivos, claros a la luz de todos los que de una u otras formas participamos en el ejercicio de otro derecho.

Así podemos advertir que la libertad en el ejercicio de utilización de medios predispuestos no podrá exceder el límite de lo necesario, es decir, proporcional y actual frente a una agresión. Son los medios en su naturaleza los que generarán esos límites, pues dentro de la capacidad de lo previsible el propietario debe actuar.

El riesgo como generador de responsabilidad

Desde sus inicios, la idea de responsabilidad fue edificada en el concepto de divinidad, pecado moral etc. pero, con el transcurso del tiempo y la llegada de la industrialización, el concepto de daño se atribuye a los ocasionados por el hombre, por cuanto este debe resarcir. Nuestra sociedad se vuelve cada vez más riesgosa, donde la simple ejecución de una actividad conlleva la posibilidad de ocasionar daños que en algunas ocasiones son resarcibles.

Afrontar los riesgos conlleva inicialmente un sinnúmero de conductas preventivas, algunas propias del hombre cauteloso en el ejercicio de sus actividades y otras que sobrevienen de la obligatoriedad de orden legal o reglamento. El riesgo, por así decirlo, se convierte en un mal necesario indispensable para el ejercicio de la actividad que la sociedad debe controlar, pues su materialización genera daños y, por consiguiente, el deber de indemnizar. Hablar de riesgo es constituir una fuente clara a la hora de determinar responsabilidades, pues ellas en algunas ocasiones están ligadas no solo a la naturaleza sino también a la actividad del hombre, sea esta directa o indirecta; siendo esta última donde sobresalen criterios de responsabilidad por el hecho de las cosas que, utilizadas o no, pueden representar daños.

Toda actividad humana comporta algún tipo de riesgo que está presente en todo instante de la vida, más si se adecua a la práctica de actividades netamente peligrosas que el hombre realiza buscando métodos y medios para reducirlos, los cuales no todas las veces son suficientes, pues el riesgo puede superar los elementos preventivos y su utilización no excluye responsabilidad. Así tenemos entonces que riesgo, tal como lo enuncia Gabriel Verger (1993), es *la incertidumbre que existe de que un hecho ocurra, durante un periodo y condiciones determinadas, comportando unas pérdidas económicas* (pág.12) y en ese mismo sentido lo edifica nuestro código de comercio en su artículo 1054:

Art. 1054.- Denomínase riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento.

El riesgo entonces identifica que entre más posibilidad de peligro son necesarios mayor atención y mecanismos preventivos para evitar el daño, ya que ante el ejercicio de un derecho, así sea para defender, mayor es la utilización de medios de prevención, pues su no realización u ocultación constituye culpa como elemento de la responsabilidad que exige reparación; por así decirlo, para la defensa de la propiedad privada, utilizar mecanismos predisuestos no puede ser abstracta, es necesario la demostración de elementos suficientes de prevención, máxime si esta se predispone al ataque.

Existen aparatos mecánicos predisuestos para la defensa de ciertos lugares o de bienes patrimoniales que pueden consistir en trampas, corrientes de alta tensión o armas de fuego que accionan o disparan contra el que intenta violar el recinto. Estos mecanismos pueden ser legítimamente instalados cuando estén

dispuestos de manera que operen bajo las condiciones que se exigen para una legítima defensa, esto es, que tengan la virtud de entrar en acción solamente en el momento en que sobrevenga una agresión injusta y actual y que sus efectos no excedan aquella defensa racionalmente necesaria permitida por la ley ni lleguen más allá de la persona del agresor (Novoa 1960 p.370).

Es claro entonces que la utilización de medios por fuera de lo establecido por la ley y los reglamentos sin la previsión de los daños que pueda ocasionar ante el grado de protección constituye un riesgo que asume el accionante por los males que puedan resultar. No solo basta ejercer la defensa ante el concepto de que su ejercicio estructura una justificación del daño, pues el accionante debe tener prudencia y colocar suficientes advertencias visibles y objetivas que permitan al extraño inocente o por error conocerlos, ello siempre y cuando los elementos defensivos sean proporcionales en la defensa del orden constitucional de proteger la vida y no de autorizar la pena de muerte o de flagelación a los particulares.

Esto siguiendo la Constitución Colombiana, que está instituida en la protección de la vida, honra y patrimonio dentro de un principio rector como la protección de la dignidad humana, derrotero de corte internacional que ni las leyes ni los reglamentos pueden contrarrestar, pues están bajo el amparo de protección constitucional.

El paradigma de las constituciones políticas de la posguerra generó su contenido en la protección, respeto y garantía al ser humano; Colombia es un claro ejemplo de ese cambio pragmático garantista de protección de los derechos fundamentales orientados en la máxima de los principios y valores. Así lo han entendido nuestros tribunales cuando se determina la necesidad de delimitar las garantías esenciales de las personas frente a la administración pública y los particulares. El ser humano es el centro filosófico y político de toda organización estatal donde la dignidad humana como principio rector edifica su fin y protección.

Todo este cambio en la mentalidad general nos advierte que no pueden existir normas aisladas de interpretación, pues todas ellas están impregnadas de constitución, en ese mismo panorama, (Sagresbelsky, 2003) indica:

... las sociedades marcadas por la presencia de una diversidad de grupo sociales con intereses, ideología y proyectos diferentes, pero sin que ninguno tenga fuerza suficiente para hacerse exclusivo dominante y por lo tanto establecer la base material de la soberanía estatal en el sentido del pasado, eso es, las sociedades dotadas en su conjunto de un cierto grado de relativismo asignan a la constitución no la área de establecer directamente un proyecto determinado de vida común, sino la de realizar las condiciones de posibilidad de la misma. Desde la constitución como plataforma de partida que representa las garantías de legitimidad para cada uno de los sectores sociales, puede comenzar la competición para imprimir al Estado una orientación de uno u otro signo en el ámbito de las posibilidades ofrecidas por el compromiso constitucional. (Página 13).

Se edifica un nuevo contexto constitucional donde se establecen unos mínimos irrenunciables fundamentados en tres pilares: 1. La dignidad humana; 2. El principio de libertad; 3. El principio de igualdad. Como acertadamente señala Ricardo Gil Botero (Gil, 2014):

desde esa perspectiva, todo el derecho —inclusive el de responsabilidad extracontractual civil y del Estado— encuentra su fundamento político y filosófico que sirve para una adecuada hermenéutica de un sistema jurídico, como por ejemplo, la delimitación de los daños resarcibles y la importancia del principio de reparación integral (p. 11).

Por lo tanto, se evidencia un cambio de pensamiento donde la víctima y el daño padecido construyen el eje central de la responsabilidad civil, criterio que toma fuerza cuando miramos que el particular no está obligado a soportar la lesión. Este es el camino que ha tomado la jurisprudencia del consejo de Estado a partir del artículo 90 de la constitución política que, de manera

constitucional, resolvió la controversia en materia de responsabilidad del Estado, en ese sentido, la Corte Constitucional en la sentencia C-333 de 1996 señala:

Lo anterior obviamente no significa que los títulos y regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado sean idénticos en todos los campos y en todas las situaciones, puesto que en la actual práctica jurisprudencial sigue existiendo régimen diferencial. Así, en determinados casos se exige la prueba de la culpa de la autoridad, en otros, esta se presume, mientras que en algunos eventos de rupturas de la igualdad ante las cargas públicas la responsabilidad, es objetiva. Con todo, esos regímenes quisieron ser englobados por el constituyente bajo la noción de Daño antijurídico, por el cual se verá en esta sentencia que en el fondo el daño antijurídico es aquel que se subsume en cualquiera de los regímenes tradicionales de responsabilidad del Estado.

Dicho de otra manera, es el Estado protector y garante de los derechos de los ciudadanos que ante circunstancias de daños antijurídicos debe indemnizar por ausencia del deber jurídico de soportar o tolerar el daño, caso que no ocurre en el derecho privado, pues conforme a lo expuesto dentro de la teoría del riesgo, hay comportamientos sociales que exigen un mayor cuidado en la participación de ella, lo cual, en circunstancias no del caso fortuito, sino venideras de omisión o culpa, merece el reproche y obligación de indemnizar.

Los anteriores plexos normativos y jurisprudenciales determinan que, tratándose de la utilización de un mecanismo predispuesto, es necesario acotar el derecho de protección, vida patrimonio y honra —aunque ante este último dudáramos de elementos mecánicos para defenderlo, dentro de su natural previsibilidad de riesgo que debe afrontar e indemnizar ante la eventualidad del mismo— el daño antijurídico.

***Los medios o mecanismos predispuestos
para la legalización y reglamentación***

En Colombia predominan un sinnúmero de legislaciones propias del manejo de algunas sustancias peligrosas, algunas de ellas de carácter prohibitivo de la legislación penal (porte y tenencia de armas y sustancias peligrosas) y otras, permisivas en cuanto a la tenencia, manejo y transporte de sustancias peligrosas; estas últimas están dentro de un régimen en la fabricación e industrialización empresarial donde su actividad está reglamentada tanto en la tenencia como en su manejo en aras de proteger a los trabajadores y a la comunidad en general. Ejemplo de ello son la ley 1483 del 2011 de seguridad ciudadana, 1682 del 2013 de transporte y seguridad marítima, decreto 1609 del 2012, entre otros. No existe, en estricto sentido, reglamento en la utilización de mecanismo predispuesto, dando base a la teoría del riesgo permitido y dentro de una actividad donde al hombre les corresponde, conforme a las reglas de culpa, una exigencia de actividades preventivas o previsibles hasta tal punto que impidan que nazca una consecuencia funesta en la materialización del daño.

Resulta determinable entonces advertir hasta dónde la utilización de elementos predispuestos conllevan a su operario a responder por su utilización y hasta dónde es meridianamente posible advertir cuáles son las consecuencias de su utilización tratándose de extraños como agresores e inocentes, por lo que dicho tratamiento está encausado en el principio de que nadie debe responder más allá de lo previsible.

La culpa entonces se debe edificar en el concepto de riesgo, así lo enuncia Jalil J. (2013)

la culpa es la carga de reproche que supone cuando el menoscabo sobreviene por haberse incurrido en la generación e imposición de riesgo que una persona razonable no hubiese generado ni impuesto a los demás (P. 89)

Esta modalidad de culpa es la que representamos en las normas de responsabilidad civil de orientación románica, en especial las que consagran los daños ocasionados por las cosas

y a las que adicionalmente debemos atribuir cuáles son actividades peligrosas.

Entiéndase por actividad peligrosa aquella cuya ejecución representa peligro de daño, actividad que, aunque lícita, despliega un potencial daños a terceros. Esta actividad es permitida por el Estado y su uso es un goce que deposita en el usuario el costo y pérdida que la ejecución ocasione, pues su ejecución, como ya se dijo, materializa el riesgo no desde el punto de vista de su imprevisión, sino de la previsibilidad de no generarlos.

La actividad peligrosa en su ejecución contiene unos elementos que la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia expone en la Sentencia del 4 de junio del 1992, que tiene como ponente al magistrado Esteban Jaramillo, evidenciando en su línea jurisprudencial lo siguiente:

1. Desarrollo de una actividad peligrosa.
2. Vínculo causal entre el desarrollo de una actividad peligrosa y el daño causado.
3. Guarda de la actividad peligrosa.
4. Se presume la culpa o se prescinde de ella según se acoja la postura subjetiva u objetiva.
5. Medios de defensa admisibles.
6. Colisión de actividades peligrosas.

Se muestra así que la colocación de un mecanismo predisposto para ejercer la defensa de la propiedad se identifica como una actividad peligrosa donde los criterios de culpa del defensor resultan de la puesta y ejecución del mecanismo, que si bien estructura la defensa de un derecho, este, como ya se dijo, no puede ir más allá de la aceptación de cualquier daño. Esta conclusión parte de que, al colocar el mecanismo predisposto para defender la propiedad privada, se estará enmarcado en la ejecución de una actividad peligrosa, semejante o igual a la de quien conduce un automotor, o quien presta el servicio de

transmisión eléctrica, o quien derriba una casa o edificación para ser paralelo con las fuentes de responsabilidad civil por el hecho de las cosas inanimadas o animadas. El propietario es su guardián y garante, que dentro de su protección custodia y cuidado no realizará daño alguno, pues según el caso responderá subjetivamente u objetivamente, en ese orden de ideas, Jalil (2013) afirma

que si el daño es causado por la cosa, existirá una culpa presumida, pero el factor de atribución será objetivo. Por el contrario, si el daño es producido por la cosa, el factor de atribución será objetivo (p.127).

En ese mismo sentido, si el resultado en el desarrollo de la actividad peligrosa es un daño independiente que el infractor asumió como consecuencias de sus actos, estas consecuencias no pueden ir más allá de los derroteros establecidos por nuestra constitución; establecer justificación de cualquier resultado entre ellos, la muerte, por así decirlo, ante la protección del patrimonio no lo justifica, en el entendido de que no existe proporcionalidad entre los derechos involucrados. Es desde allí que opinar diferente es ir en contravía de los principios de responsabilidad civil, incluso con los derroteros de una constitución garantista protectora de los derechos humanos que elevó a categoría de principio rector la protección de la dignidad humana.

No se puede perder de vista que quien ejecuta una actividad peligrosa, es decir, coloca mecanismos predispuestos para la defensa de la propiedad es guarda de esa actividad, él no puede dejar al azar las consecuencias de su utilización, por lo que debe mantener el control, dirección y su dominio (criterios que se estructuran a través de presunciones). Recordemos que nuestro sistema de responsabilidad se identifica en una responsabilidad subjetiva (presunción de culpa) y en una responsabilidad objetiva (eliminación de responsabilidad), donde existe en cabeza del guardián una presunción de culpa.

Se presume la culpa o se prescinde de ella (según se acoja

la postura subjetiva u objetiva), el principal efecto de este tipo de responsabilidad es la presunción de culpa en cabeza del guardián de la actividad peligrosa (responsabilidad subjetiva) o la eliminación del elemento subjetivo como elemento de la responsabilidad (responsabilidad objetiva).

Por último, es el sustento de la responsabilidad por el daño individualizar cuáles medios utilizados son permisibles para la defensa, pues, si el Estado permite su ejecución, esta no puede quedar desprovista del alcance de artículos que van más allá de una simple defensa y que busca ante todo dañar, ocasionar lesiones o incluso la muerte.

Medios de defensa admisibles: como consecuencia de la presunción de culpa o su ausencia, no basta al guardián de la cosa demostrar que actuó con prudencia y diligencia, sino que deberá demostrar la existencia de una causa extraña (culpa exclusiva de la víctima, fuerza mayor, caso fortuito o culpa exclusiva de un tercero) para exonerarse de responsabilidad.

Por tal sentido, como ya se ha dicho, no se puede interpretar de forma restringida y quizás cerrada el concepto de la exclusión por culpa exclusiva de la víctima, ello es, trasladar la responsabilidad al campo de la víctima. Justificar criterios individualistas que van en contravía de nuestra constitución no es pretender estructurar criterios de responsabilidad objetiva, pues está claro que tras la utilización de una actividad peligrosa no puede quedar el resultado al azar. Enrique Cury (1980) condena la utilización de esos medios a enunciar:

los mecanismos automáticos capaces de precipitar un curso causal lesivo para eventuales agresores, son, por regla general, condenables (p. 326).

La actividad peligrosa requiere una alerta, pero su utilización no puede ser letal, causar un daño mayor o proporcional ni se puede confundir, como ya se dijo en el capítulo II, con quien rechaza al extraño, pues ello lleva consigo otra forma e interpretación diferente; es necesario que a la utilización de

medio el propietario alerte a los terceros para así concluir una presunción de culpa exclusiva de la víctima.

Finalmente, no se puede confundir el ejercicio de utilización de ofendículos con mecanismos predispuestos para causar daño, pues mecanismos utilizados como preventivos para evitar el traspaso del agresor se estructuran dentro del ejercicio de un derecho y no legítima defensa y, en igual sentido, no se puede atribuir responsabilidad, contrario es cuando sobrepasamos los medios utilizando mecanismos que buscan dañar, pues dicha actividad antes que un ejercicio de un derecho se traspasa al ejercicio de una actividad peligrosa.

Conclusiones

Luego de exponer los criterios propios del derecho penal sin apartarnos del Derecho civil, tal como se ha tratado, podemos decir que la utilización de mecanismos predispuestos para causar daño en la defensa de la propiedad se aparta por completo de las estructuras que limitan el derecho punitivo, igual del ilícito del derecho civil, ello fundamentado en que no basta utilizar esos mecanismos, sino que ellos deben estar fundamentados en la sociedad de riesgo. Es más, esos riesgos permitidos, por así decirlo, no pueden quedar solo a la arista de ser justificante penal resuelto en el error o en la defensa putativa en quien rechaza al extraño, pues el Estado no puede reconocer el daño en la autorización para el ejercicio de esos mecanismos.

No se puede olvidar que el Estado, como vigilante y limitante, debe, así como se hace en la permisión a los particulares para la ejecución de ciertas actividades, también limitar el ejercicio de la utilización de elementos mecánicos predispuestos a la causación del daño, pues su uso en exceso puede estar, como ya se dijo, autorizando a los particulares a imponer la pena de muerte, lesiones o tortura a los particulares. El resorte en la defensa no solo puede quedar en la demostración objetiva de la intromisión por el extraño, sino también en los mecanismos de respuesta, que no se limitarán a conceptos subjetivos de

saber si se iba a hurtar, matar o lesionar, sino que abarcan desde la misma perspectiva del riesgo, sobre todo en la actividad peligrosa.

Advertimos, sin apartarnos de la responsabilidad del ilícito civil, lo siguiente:

1. Cuando se trata de legítima defensa, ésta excluye la responsabilidad civil y, por tanto, el deber de reparar el daño.

2. Cuando se trata de legítima defensa preventiva hay que tener en cuenta:

A. Si se trata de medios defensivos objetivos a simple vista o si el agresor penetra o intenta penetrar y resulta lesionado como consecuencia, el daño será asumido por él, partiendo de la teoría de que asumió su propio riesgo.

B. Si los ofendículos son mecanismos predisuestos técnicos tendremos que asumir tres conceptos:

B.1. Si los ofendículos o mecanismos predisuestos son conformes al derecho que se defiende y no son contrarios a la ley, los daños del agresor no constituyen deber de indemnizar, pues se concluye que el agresor asume su propio daño al igual que lo declarado en el punto que se precede.

B.2. Si los ofendículos extra ponen los riesgos permitidos, pues son elementos propios para matar y causar lesiones, nuestro concepto final es que debe responder conforme a la actividad permitida dentro de los postulados de permisión y previsibilidad, así, si excede dichos límites permitidos existe causal eficiente de daño con responsabilidad.

B.3. Si el agresor es un inocente y los medios técnicos predisuestos son letales más allá de una simple salvaguarda de la propiedad, creemos aquí que se

trata de legítima defensa putativa que, si bien es cierto no hay responsabilidad penal, no exime de responsabilidad civil y por el cual concluimos se debe indemnizar.

C. Ahora, si se trata de un exceso en la causal de legítima defensa, esto es, en los medios utilizados, tendremos que concluir que hay deber de indemnizar tanto al agresor como al inocente, pues se exige que los medios de defensa deben ser proporcional y racionalmente conformes al derecho que se pretende proteger.

Referencias bibliográficas

- ARTURO, Valencia Zea, *Derecho constitucional colombiano* (Temis, Bogotá, 2010).
- BARRERA, Tapias Carlos Darío, & SANTOS Ballesteros, Jorge (Universidad Pontificia Javeriana, Bogotá, 1997).
- BASIGALUPO Enrique, *Derecho penal parte general* (Temis, Bogotá, 2007).
- COUSIÑO, Mac Iver, *Derecho penal chileno*, tomo II (Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1979).
- CURE MÁRQUEZ, Juan Camell, *Las ausencias de responsabilidad en el Derecho Penal* (Leyer, Bogotá, 2010).
- CURY, Enrique, *Derecho penal parte general, tomo I*, (Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 2011).
- DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños tomo I*, (Leyer, Bogotá, 2014).
- DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derecho civil*, (Editorial Tecnos, Madrid 2001).
- ENGELS, F. *Origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. Bogotá: Ediciones Génesis.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho penal fundamental tomo II*, (Temis Bogotá, 1989).

- GHERSI, Carlos Alberto, *Teoría general de la reparación del daño*, (Editorial Astrea y Universidad del Rosario, Bogotá, 2012).
- GIL BOTERO, Ricardo, *La constitucionalización del derecho de daños*, (Temis, Bogotá, 2014).
- GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando, *La legítima defensa* (Temis, Colombia, 1991).
- GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando, *La legítima defensa*, (Temis, Bogotá, 1991).
- JALIL, Julián, *Derecho de daño aplicado*, (Ibáñez, Bogotá, 2013)
- LA TOURNEAU, Philippe, *La responsabilidad civil* (Legis, Bogotá, 2004).
- LACRUZ, J., Sancho, F., LUNA, A., DELGADO, J., RIVERO, F. & RAMS, J. *Elementos de derecho civil III Derechos Reales*. (Editorial Dykinson, Madrid, 2000).
- MAGGUIORE, Giuseppe, *Derecho penal tomo I* (Temis, Bogotá, 1971).
- MANZINI, Vicenzo, *Tratado de derecho penal tomo III* (Temis, Bogotá, 1971).
- MOLINA, Fernández Fernando, *La antijuridicidad penal y sistema del delito* (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003).
- NARANJO, Messa, *Teoría constitucional e instituciones políticas* (Temis, Bogotá, 2003).
- NOVOA, Eduardo, *Curso de derecho penal* (Editorial jurídica, Chile, 1960).
- NOVOA, M.E., *El derecho de propiedad privada*. Bogotá, (Editorial Temis, Bogotá 1979).
- OCHOA, R. H., *Bienes*. (Editorial Temis, Bogotá, 2011).
- PECO, José, *Defensas mecánicas predispuestas* (Buenos Aires, 1945).
- PEÑA, E., Peña, G. E. *El derecho de bienes*. (Editorial Legis, Bogotá, 2006).
- PÉREZ VILLA, Jorge, *Constitución Política de Colombia* (Leyer, Bogotá, 2001).
- PÉREZ, Escobar Jacobo, *Derecho constitucional colombiano*, (Temis, Bogotá, 2010).
- PLANIOL, Marcel & RIPERT, Georges, *Tratado de derecho civil – las obligaciones tomo VI* (la Habana, 1936).
- QUINCENO, Alvares Fernando, *La coautoría y la legítima defensa* (Editorial jurídica colombiana, Bogotá, 1997).

- QUINCENO, Álvarez Fernando, *Imputación objetiva y antijuridicidad* (Editorial jurídica bolivariana, 2002).
- REYES, Echandia Alfonso, *Antijuridicidad*, primera reimpresión de la cuarta edición, (Temis, Colombia, 1997).
- ROMERO, Casabona Carlos M., *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad del riesgo* (Ediciones Coyoacán, México, 2007).
- SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino* (Temis, Bogotá, 1985).
- TAFUR GONZALES, Álvaro, *Código civil* (Leyer, Bogotá, 2014).
- VELÁSQUEZ, L.G. *Bienes*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- VELÁZQUEZ, Posada Obdulio, *Responsabilidad civil extracontractual* (Temis, Bogotá, 2012).
- VILLALOBOS, Ignacio, *Derecho penal mexicano* (Porrúa, México, 1991).
- Vivas, Mario Luis, *La legítima defensa y el Estado de necesidad en la responsabilidad civil extracontractual*, (Editorial Ibáñez, Bogotá, 2012).
- WELZEL, Hans, *Derecho penal* (Editorial jurídica del sur Santiago de Chile 1980).
- ZAGRESBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil* (Trotta, Madrid, 2003).
- Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano*. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr23.pdf>.
- CORTE CONSTITUCIONAL *Sentencia C - 189 de 2006*. Magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-189-06.htm>.
- PIPES, R (2002). *Propiedad y libertad*. <http://fcechile.cl/wp-content/uploads/2014/01/Pipes.pdf>. [tp://alizee.uniandes.edu.co/ava/AVA_200610_Derecho_Hipertexto/doku.php?id=responsabilidad_por_actividades_peligrosas](http://alizee.uniandes.edu.co/ava/AVA_200610_Derecho_Hipertexto/doku.php?id=responsabilidad_por_actividades_peligrosas)
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, Leyer 2013.
- CÓDIGO CIVIL, Leyer 2013.
- CÓDIGO PENAL, Leyer 2013.

TUTELA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL Y DERECHOS DEL POSEEDOR EXPROPIADO¹

LUIS FERNANDO REYES ORTEGA²

LUCIBERTO ANDRÉS HERNÁNDEZ BAQUERO³

Resumen

En el presente artículo de investigación se aborda el tema de la garantía de la tutela administrativa de los derechos del poseedor de bienes inmuebles cuando estos son requeridos por la administración para la realización de obras públicas. Realizando un paralelo entre tutela administrativa y judicial, con los derechos fundamentales del poseedor, tales como el derecho a la vivienda digna y a una familia, a partir del análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Corte Constitucional, con el fin de establecer cómo se ha desarrollado en Colombia o si, por el contrario, no ha sido abordado de manera directa en el marco de la legislación y la jurisprudencia colombiana.

Palabras claves:

Tutela administrativa, derechos del poseedor, expropiación de bienes inmuebles.

1 El presente artículo es un resultado de investigación perteneciente al proyecto *La Tutela Administrativa De Derechos Del Poseedor De Bienes Requeridos Por La Administración Para La Realización De Obras Públicas En Colombia*, desarrollado como trabajo de maestría en derecho procesal de la Universidad de Medellín, bajo la asesoría de Luis Orlando Toro Garzón. Fecha de Inicio de Investigación: primer semestre del año 2014.

2 Abogado titulado de la Universidad de Cartagena, Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre y en Contratación Estatal de la Universidad de Medellín, Magister en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Docente universitario en áreas de Derecho Procesal y Derecho Privado.

3 Abogado titulado de la Universidad de Cartagena Especialista en Acciones Contenciosas Administrativas de Universidad Externado De Colombia Y En Gerencia Servicios De La Salud de La Universidad Tecnológica De Bolívar, Magister en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín.

Metodología

El presente artículo de investigación parte del macro proyecto de investigación titulado La tutela administrativa de derechos del poseedor de bienes requeridos por la administración para la realización de obras públicas en Colombia, en el cual se analizan las figuras del poseedor, el proceso de expropiación y la tutela administrativa efectiva como un conjunto, con el fin de identificar si en Colombia existen falencias que afecten la garantía de los derechos del poseedor dentro del proceso de expropiación de bienes inmuebles, por lo tanto, está llamado a responder la siguiente pregunta: ¿Existen en el ordenamiento jurídico colombiano falencias para la tutela administrativa de los derechos del poseedor de bienes inmuebles objeto de expropiación?

Para su desarrollo se divide en cuatro partes: en la primera se precisan los conceptos de tutela administrativa y tutela judicial en Colombia, siendo relevante su distinción y abordaje en el derecho comparado para entender cómo operan estas figuras ante la garantía del derecho del poseedor dentro del proceso de expropiación; la segunda parte relaciona los principios del procedimiento administrativo como prerrogativa que debe estar contenida y acatada por la administración en el desarrollo de sus actuaciones encaminadas a cumplir los fines del Estado y la tutela de los derechos de los asociados; la tercera parte trata los mecanismos legales para la aplicación de la tutela administrativa, teniendo en cuenta el desarrollo normativo de la Ley 1437 de 2011, la Ley 388 de 1997 y la Resolución 545 de 2008, haciendo referencia a sus aspectos más importantes en contraste; por último, en la cuarta parte se identifican las falencias en la aplicación de la tutela administrativa frente a los derechos del poseedor de bienes objeto de expropiación en tres ejes centrales: regulación, interpretación y presupuestos de aplicación.

Teniendo en cuenta los presupuestos metodológicos, se trata de una investigación con enfoque cualitativo partiendo del análisis teórico, normativo y jurisprudencial y de la doctrina nacional, empleando estudios de tipo exploratorio, teóricos y descriptivos. En la obtención de datos como fuentes primarias se tomaron los

pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado y las normativas que regulan la posesión y la expropiación en Colombia; en cuanto a las fuentes secundarias la doctrina nacional, aplicando como técnicas de medición de instrumentos y recolección de datos fichas de resumen, citas textuales y formato de análisis de sentencias que fueron procesados mediante el método de triangulación hermenéutica de información.

La propuesta de análisis planteada resulta pertinente en la medida en que permite al poseedor defender sus derechos sin ver menoscabados sus intereses y expectativas, garantizando que la administración no le desconozca el esfuerzo que ha realizado para el cuidado y sostenimiento del bien, objeto de expropiación, a partir de evidenciar las falencias que presenta el ordenamiento jurídico frente a la materia en referencia, permitiendo determinarlas de manera que sirvan de aporte al Estado Social de Derecho en el diagnóstico e identificación de posteriores acciones, desarrollo normativo y análisis jurisprudencial.

Resultados

1. ¿Qué se entiende por tutela administrativa y tutela judicial en el contexto jurídico colombiano?

En el contexto jurídico y doctrinal colombiano, respecto a la tutela administrativa como concepto, los pronunciamientos son casi nulos, en la medida que tanto la jurisprudencia como la doctrina se han dedicado a estudiar la tutela como mecanismo constitucional de defensa de derechos fundamentales y la procedencia de la misma contra actos administrativos expedidos por cualquier autoridad administrativa. Asimismo, han centrado sus estudios sobre la tutela judicial de los derechos, entendida ésta como protección efectiva de los derechos mediante el proceso judicial, pero no se han detenido en el estudio específico de la tutela en el ámbito administrativo como mecanismo de protección y de garantía de derechos de cualquier categoría en sede administrativa.

A partir de lo anterior, se tiene que esta figura jurídica ha sido desarrollada en mayor medida en otros países, entre los que se encuentran Argentina, Costa Rica y España, teniendo diversos significados en cada uno de ellos, dependiendo de la organización gubernamental o sistema de gobierno que tenga cada uno de esos Estados. Sin embargo, también se subyace el tema de la Tutela Judicial, en la medida que la tutela administrativa es una aplicación de aquella en el ámbito de la administración.

1.1. Tutela administrativa efectiva

La tutela administrativa ha sido el resultado de la aplicación de los conceptos de tutela judicial en el ámbito administrativo, teniendo como base un pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el cual expresan que, aunque el artículo 8 de la Convención se refiere a Garantías Judiciales, se debe entender que estas son aplicables a cualquier procedimiento, incluyendo el administrativo, en esa medida, de manera textual explicó la Corte en el caso Baena Ricardo y Otros Vs. Panamá que la aplicación de este artículo:

No se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, 'sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales' a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal (Corte Interamericana de los Derechos Humanos, 2001, punto 124)

Es decir, que la tutela administrativa básicamente hace énfasis en el respeto del debido proceso que debe imperar en todo tipo de procedimiento, ya sea judicial o administrativo, con el propósito de garantizar con ello la posibilidad de defensa del individuo encartado y la efectividad de sus derechos, donde la situación de derechos en conflicto se resuelve atendiendo todas las garantías procesales, diseñadas en primera instancia

para el ámbito judicial, pero que también son aplicables a los procesos administrativos llevados a cabo de manera directa por los entes del Estado. En esa medida manifiesta también que:

En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso (Corte Interamericana de los Derechos Humanos, 2001, punto 124).

En esa medida, la administración no puede actuar de manera discrecional al momento de expedir actos administrativos que involucren los derechos de terceros, aún cuando invoca motivos de orden público o de utilidad pública, sino que, por el contrario, debe garantizar siempre la defensa de los derechos del tercero involucrado. Volviendo a la definición de tutela administrativa, esta se refiere al estándar de protección y resguardo del debido proceso adjetivo dentro del procedimiento administrativo, que la Administración se encuentra obligada a cumplir. (Mertehikian, 2012), reiterándose con ello la obligatoriedad del Estado de respetar el debido proceso de todas las personas involucradas en procesos surtidos ante la administración.

Sin embargo, algunos autores, como Muñoz (2012), afirman que el tema de la Tutela Administrativa en España ha sido poco explorado, en la medida que no se tiene aún posición clara sobre la protección de los derechos de las personas en sede administrativa. Adicional a ello, plantea dos concepciones distintas sobre la tutela administrativa, en una de ellas se considera como Principio General del Derecho Administrativo y en esa medida:

Es fundante de normas, supletorio de ellas, se erige como un estándar de justicia y equidad, inspirador de normas que regulan la función administrativa y, por ende, el procedimiento. De esta

manera, el principio de tutela administrativa efectiva cumple la funcionalidad de ser informante y estructurante de todo el conjunto de normas y actos que configuran el procedimiento administrativo en un Estado formal y sustancial de derecho, sirviendo de una directriz insoslayable en su interpretación y aplicación a los casos concretos (Muñoz R., 2012).

A partir de ello, es válido afirmar que la tutela administrativa se constituye como un factor determinante de las normas procedimentales que regulan el desarrollo del proceso administrativo. En el mismo sentido, afirma Urrutigoity (2005), que la tutela administrativa efectiva se constituye en uno más de los principios generales del derecho que refleja la importancia de los principios del derecho administrativo

También es considerado como un derecho humano fundamental de naturaleza constitucional en la medida que viene consagrado desde los tratados internacionales, debiéndose entender como

un derecho humano esencial, de naturaleza procesal, de raigambre constitucional, con origen en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, por ello, debe constituirse como una garantía federal directamente operativa y de aplicación inmediata en todos los niveles de gobierno y siempre a favor del administrado. (Muñoz R., 2012).

Por otra parte, Padilla (2012), expresa que la tutela administrativa:

básicamente se relaciona con el acceso a la justicia, sin restricciones ni condiciones salvo aquellas legisladas. Nadie puede quedar sin respuestas y en adición quedarse sin respuestas. (Padilla A., 2012)

Además, aduce que en el caso de Panamá, así en la legislación no se haga referencia de manera expresa al concepto de tutela administrativa, de manera implícita se hace alusión al mismo

toda vez que desde el texto constitucional se acatan las disposiciones de los tratados internacionales y se manifiesta que los derechos contenidos en ella son unos mínimos y no resultan excluyentes.

Desde los tratados internacionales, aunque no de manera expresa y textualmente, son referidos indirectamente los procedimientos judiciales, no se debe desconocer que los mismos derechos consagrados en estos tratados son aplicables al procedimiento administrativo, contemplándose en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (OEA, 1948, Art 18 y 24), en los artículos 18 y 24, en los cuales se trata específicamente del derecho de acudir a la justicia cuando se emitan actos que atenten contra sus derechos y la posibilidad de presentar peticiones respetuosas ante cualquier autoridad.

En la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU, 1948, Art. 8 y 10) en los cuales respectivamente se manifiesta que las personas tienen derecho a acudir a los tribunales en uso de mecanismos efectivos para defender sus derechos contra actos que los afecten, así como derecho a ser oído. En la Convención Americana de Derechos Humanos (OEA, 1969, Art.8) se contemplan las garantías judiciales que, como ya se mencionó, de acuerdo al pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es también aplicable al procedimiento administrativo. Finalmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1966, Art. 3 y 4) consagra la garantía del acceso a la justicia por parte de aquellas personas que consideren vulnerados sus derechos, configurándose todo lo anterior en el respeto por el debido proceso en todos los ámbitos, ya sea el judicial o el administrativo.

1.2. Tutela judicial efectiva

En el contexto jurídico colombiano, la Tutela Judicial Efectiva se refiere básicamente a la posibilidad que tiene toda persona de acceder a la justicia, haciendo uso de mecanismos

idóneos, mediante los cuales puedan hacer efectivos sus derechos sin dilaciones, obteniendo respuestas oportunas emitidas bajo el respeto del debido proceso. En esa medida, la Corte Constitucional en sentencia C-279 de 2013 ha definido la tutela judicial efectiva como:

La posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes (Corte Constitucional, Sentencia C-279 del 15 de mayo de 2013).

Es preciso acotar que este derecho de toda persona a acceder a la justicia se encuentra consagrado constitucionalmente (Const. 1991) en los artículos 1 (Estado Social de Derecho) (Const. 1991, Art. 1), 2 (fines del Estado) (Const. 1991, Art. 2, 29 (debido proceso) (Const., 1991, Art. 29) y 229 (acceso a la administración de justicia) (Const. 1991, Art. 229), así como en los tratados Internacionales, como la Convención Americana de Derechos Humanos artículo 25 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos artículo 14, los cuales expresan, respectivamente, lo siguiente:

Artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos: Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales (ONU, 1969, Art. 25).

Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con todas las garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier

acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil (ONU, 1966, Art. 14).

Teniendo en cuenta que la tutela judicial efectiva se manifiesta en el derecho al debido proceso, la Corte Constitucional en sentencia C-086 de 2016 al proyectarse como derecho fundamental de aplicación inmediata

garantiza a través de las distintas acciones y recursos que el ordenamiento jurídico ha previsto para la protección de los derechos, con la advertencia de que “el diseño de las condiciones de acceso y fijación de los requisitos para su pleno ejercicio corresponde al Legislador. (Corte Constitucional, Sentencia C-086).

Es decir, con ello se ratifica que cuando se habla de tutela judicial efectiva se hace referencia a la garantía del acceso a la justicia en condiciones de igualdad, con un aparato judicial que responda a las necesidades de las personas que acuden a ella de manera ágil, emitiendo fallos en derecho y garantizando el debido proceso.

2. Principios del procedimiento administrativo

Los principios, de acuerdo a lo manifestado por Santofimio Gamboa, citado por la Auditoría General de la República (2012), se constituyen en:

Elementos rectores controladores y eventualmente limitantes del ejercicio de los poderes estatales, que procuran lograr el deseado equilibrio entre la autoridad y el ciudadano y simple interesado, (...) sirven a las partes involucradas para resolver las cuestiones que pueden suscitarse en aplicación de las reglas de procedimiento administrativo. Es decir, que no solamente cumplen la función didáctica de ubicar conceptualmente al intérprete, sino que también le proporciona los elementos de juicio necesarios para resolver cualquier conflicto en el desarrollo de la actuación administrativa (Santofimio G. en Auditoría General de la República, 2012).

Es decir, se constituyen en aquellos postulados que en alguna medida regulan la actuación de los distintos entes del Estado, ya sean de carácter judicial o administrativo, toda vez que la actuación de los mismos debe estar regida y darse en el marco del cumplimiento de esos principios rectores. Así mismo, brindan elementos para dar solución a los distintos conflictos que se presenten en el ámbito administrativo, aun cuando la situación carece de regulación o solución específica dentro de la norma que regula la materia.

A partir de lo anterior, es válido afirmar que el procedimiento administrativo, al igual que el procedimiento de carácter judicial o contencioso, debe sustentar su desarrollo en unos principios aplicados en cada uno de los casos o en cada uno de los procedimientos que se adelantan ante la administración. Estos principios vienen consagrados desde la Constitución Política, en el artículo 209, en la cual se establece que

la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones (Const., 1991, Art. 229)

los cuales, a su vez, son de aplicación inmediata al procedimiento administrativo, recogidos en el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 (Congreso de la República, Ley 1437, 2011).

Los principios que rigen de manera específica el procedimiento administrativo son 13 en total, los cuales se enuncian a continuación: debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad. Todos los principios antes relacionados suponen un proceso administrativo revestido no solo de legalidad, sino también de trabajo constante por el logro del fin del mismo, consistente en la protección de los derechos de los sujetos que ante él acuden, indistintamente si son personas naturales, jurídicas, organizaciones públicas o privadas, procurando el cumplimiento de los

postulados legales, el respeto por el debido proceso y la garantía de la efectividad de la actuación administrativa, en cuanto protección de derechos particulares y generales se trata.

3. Mecanismos legales para la aplicación de la tutela administrativa

Para la aplicación de la tutela administrativa, entendida esta como la facultad o el derecho que tiene todo ciudadano de acudir ante los entes estatales en búsqueda de la salvaguarda de sus derechos bajo los parámetros del respeto por el debido proceso, en la legislación colombiana se cuenta con algunas normas que regulan el procedimiento a seguir ante la administración para lograr la protección y reconocimiento de derechos.

Entre las normas que regulan el proceso administrativo se encuentra la Ley 1437 de 2011, siendo esta la norma de carácter general, sin perjuicio de las normas especiales, como es el caso de la Ley 388 de 1997, que regula el proceso administrativo a seguir frente a una expropiación de carácter administrativo, brindando protección al propietario del bien expropiado. A continuación, se desarrolla brevemente el contenido normativo de estas y otras disposiciones legales.

3.1. Ley 1437 de 2011

Una de las principales normas que regula de manera general el Procedimiento Administrativo, como un proceso autónomo e independiente, es la Ley 1437 de 2011, en la cual la primera parte, Título III, hace referencia a todos los pasos que componen el procedimiento de carácter administrativo llevado a cabo ante las entidades del Estado o ante la administración estatal.

Es de aclarar que el procedimiento administrativo contemplado en la Ley 1437 de 2011 es de aplicación general, sin embargo, en aquellos casos para los cuales exista norma específica, será esta última la que se aplique tal y como se establece en el artículo 34, el cual a la letra dice:

Las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este Código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales. En lo no previsto en dichas leyes se aplicarán las disposiciones de esta Parte Primera del Código. (Congreso de la República, Ley 1437, 2011, Art. 34).

Dentro de este procedimiento administrativo se emiten decisiones a cargo de la administración que deben ser comunicadas a los directamente involucrados y a los terceros que puedan resultar afectados con las mismas para que estos tengan la oportunidad de ejercer su derecho de defensa. Asimismo, es posible aportar pruebas durante el desarrollo de todo el proceso y antes de la decisión que pongan fin a dicho procedimiento, tal y como se contempla en el artículo 40 de la mencionada Ley (Congreso de la República, Ley 1437, 2011, Art. 40).

En esta misma norma se contempla el procedimiento a seguir cuando se pretende estudiar la aplicación o no de una sanción administrativa que no está regulada en el Código Único Disciplinario, el cual podrá iniciarse de oficio o por solicitud de cualquier persona, constando de una parte preliminar en la cual se definirá si existen méritos para iniciar el proceso sancionatorio, formulándole cargos al implicado, posterior a ello se lleva a cabo el periodo probatorio y se toma la decisión.

3.1.1. Comunicación de las decisiones

Las decisiones tomadas por la administración deben ser comunicadas a los interesados con el propósito de que estos conozcan su contenido y, si es del caso, puedan controvertir las decisiones tomadas mediante los recursos que la ley les faculta. Es así como para los actos administrativos de carácter general de conformidad a lo contemplado en el artículo 65, como la comunicación, se debe hacer con la publicación del mismo en el diario oficial, en las gacetas territoriales o por cualquier medio que haga efectiva su debida comunicación para que adquiera el carácter de obligatorios.

Ahora bien, tratándose de actos administrativos de carácter particular, la notificación se realizará de manera personal a la persona involucrada, a su apoderado, representante o a la persona autorizada para ello, entregándole copia del acto administrativo con indicación de fecha y hora de expedición, así como los recursos que proceden contra el mismo, los plazos para interponerlos y la autoridad competente para conocerlo, siendo necesario que la notificación cumpla estos requisitos para que sea válida.

Esta notificación también se puede surtir mediante correo electrónico, siempre que exista autorización expresa por parte del interesado, para que se realice por este medio, o puede darse en estrados, cuando la decisión se tome en audiencia pública donde será comunicada al instante. En caso de no existir otro medio eficaz para notificar personalmente la decisión, se debe citar para la notificación personal con citación escrita enviada a la dirección del involucrado para que asista dentro de los 5 días siguientes al recibo de la misma a las oficinas de la entidad que emite la decisión; si transcurrido este tiempo tras notificar el contenido de la decisión no se puede hacer la notificación personal, se procederá a hacerla por aviso mediante el envío del acto administrativo a la dirección aportada por el interesado, conteniendo los mismos datos que la notificación personal, con la advertencia de que se entenderá surtida la notificación al finalizar el día siguiente del recibo de la misma.

3.1.2. Recursos que proceden

Contra las decisiones de la administración, ya sean proferidas dentro de un proceso administrativo general o un proceso administrativo sancionatorio, se pueden interponer recursos, los cuales, según el artículo 74, son el de reposición, el de apelación y el de queja (Congreso de la República, Ley 1437, 2011, Art. 74).

El de reposición se interpone ante la autoridad que emite la decisión, ya sea para que la aclare, adicione, modifique o

revoque. Por otra parte, el recurso de apelación se interpone ante el inmediato superior jerárquico o funcional de quien expidió la decisión, con el propósito de que la aclare, adicione, modifique o revoque. Por su parte, el recurso de Queja es aquel que procede cuando se rechace el de apelación, el cual se puede interponer directamente ante el superior del funcionario que emite la decisión por escrito acompañado de la copia de ella. Este recurso se debe presentar dentro de los 5 días siguientes a la notificación de la decisión.

A partir de lo anterior, se concluye que dentro del procedimiento administrativo general y el sancionatorio, a las partes involucradas y directamente afectadas se les garantiza su derecho a la defensa y el debido proceso mediante la debida comunicación de las decisiones, como la posibilidad de aportar pruebas de sustento y de defensa y presentación de los recursos a que haya lugar para controvertir la decisión tomada por la administración y poder garantizar de esta forma la salvaguarda de sus derechos.

3.2. Ley 388 de 1997

Esta norma regula de manera específica el proceso de expropiación de carácter administrativo, es decir, aquel que se realiza directamente por la administración sin necesidad de acudir a los estrados judiciales para llevar a cabo el proceso expropiatorio de un bien necesario para la realización de obras de interés general y público, el cual, como ya se explicó en el capítulo anterior, consta de 3 etapas (Corte Constitucional, Sentencia C-1074 del 4 de diciembre de 2002), en las cuales se busca garantizar el debido proceso al sujeto de expropiación.

En el Capítulo VIII de esta Ley se explica de manera clara cuál es el procedimiento para llevar a cabo la expropiación por la vía administrativa desde el artículo 63 al 72, es así como enumera cuáles son los motivos de utilidad pública frente a los cuales se puede declarar la expropiación administrativa, siendo

estos los contemplados en los literales a, b, c, d, e, h, j, k, l y m del artículo 58 de esta misma norma, los cuales a la letra dicen:

- a) Ejecución de proyectos de construcción de infraestructura social en los sectores de la salud, educación, recreación, centrales de abasto y seguridad ciudadana;
- b) Desarrollo de proyectos de vivienda de interés social, incluyendo los de legalización de títulos en urbanizaciones de hecho o ilegales diferentes a las contempladas en el artículo 53 de la Ley 9ª de 1989, la rehabilitación de inquilinatos y la reubicación de asentamientos humanos ubicados en sectores de alto riesgo;
- c) Ejecución de programas y proyectos de renovación urbana y provisión de espacios públicos urbanos;
- d) Ejecución de proyectos de producción, ampliación, abastecimiento y distribución de servicios públicos domiciliarios;
- e) Ejecución de programas y proyectos de infraestructura vial y de sistemas de transporte masivo;
- ...
- h) Preservación del patrimonio cultural y natural de interés nacional, regional y local, incluidos el paisajístico, ambiental, histórico y arquitectónico;
- ...
- j) Constitución de zonas de reserva para la protección del medio ambiente y los recursos hídricos;
- k) Ejecución de proyectos de urbanización y de construcción prioritarios en los términos previstos en los planes de ordenamiento, de acuerdo con lo dispuesto en la presente ley;
- l) Ejecución de proyectos de urbanización, redesarrollo y renovación urbana a través de la modalidad de unidades de actuación, mediante los instrumentos de reajuste de tierras, integración inmobiliaria, cooperación o los demás sistemas previstos en esta ley;
- m) El traslado de poblaciones por riesgos físicos inminentes.

Así mismo, expresa que, como condición especial para poder ordenar la expropiación administrativa, se deben configurar las condiciones de urgencia de que trata el artículo 64 sustentado en los criterios de urgencia que contempla el artículo 65 de la misma Ley, que son cuatro:

1. Precaver la elevación excesiva de los precios de los inmuebles, según las directrices y parámetros que para el efecto establezca el reglamento que expida el Gobierno Nacional.
2. El carácter inaplazable de las soluciones que se deben ofrecer con ayuda del instrumento expropiatorio.
3. Las consecuencias lesivas para la comunidad que se producirían por la excesiva dilación en las actividades de ejecución del plan, programa, proyecto u obra.
4. La prioridad otorgada a las actividades que requieren la utilización del sistema expropiatorio en los planes y programas de la respectiva entidad territorial o metropolitana, según sea el caso.

Posteriormente, explica cuál es el procedimiento que se sigue para expropiar por la vía administrativa, el cual básicamente consiste en 3 etapas: la oferta de compra, la negociación, y el proceso de expropiación, sin embargo, esta norma los explica de la siguiente manera en los artículos 66 al 70:

- Inicialmente, se debe determinar el carácter de expropiación administrativa por medio de acto administrativo formal emitido por la autoridad competente, este debe ser notificado al propietario del bien e inscrito en la Oficina de Instrumentos Públicos dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria del acto.
- El mismo acto debe contener la oferta de compra con la cual se pretende obtener un acuerdo sobre la enajenación voluntaria.
- En este mismo acto se debe establecer el valor por el cual se va a indemnizar, el cual debe ser igual al avalúo comercial determinado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, la entidad que cumpla sus funciones o por peritos privados inscritos en las lonjas o asociaciones correspondientes.

- También se debe incluir en el acto administrativo la forma como se va a realizar el pago, pudiendo ser pagado al momento de la adquisición voluntaria entre un 40% y un 60% del valor total a indemnizar y el saldo en 5 cuotas anuales pagadas teniendo en cuenta el interés bancario vigente al momento de la adquisición.

Es de recordar que cuando el valor a indemnizar sea de 200 SMLMV o superior, el pago se podrá realizar en dinero efectivo, títulos, valores, derechos de construcción y desarrollo de participación en el proyecto o permuta.

Una vez transcurridos 30 días hábiles contados desde la ejecutoria del acto administrativo que determina el carácter administrativo de la expropiación sin que se hubiere llegado a un acuerdo sobre el valor de la adquisición y que el mismo quede plasmado en contrato de compraventa, la autoridad competente, mediante auto motivado dispondrá la expropiación administrativa del bien en el cual se deben incluir los siguientes datos:

1. La identificación precisa del bien inmueble objeto de expropiación.
2. El valor del precio indemnizatorio y la forma de pago.
3. La destinación que se dará al inmueble expropiado de acuerdo con los motivos de utilidad pública o de interés social que se hayan invocado y las condiciones de urgencia que se hayan declarado.
4. La orden de inscripción del acto administrativo una vez ejecutado en la correspondiente Oficina de Registro de Instrumentos Públicos para los efectos de que se inscriba la transferencia del derecho de dominio de su titular a la entidad que haya dispuesto la expropiación.
5. La orden de notificación a los titulares de derecho del dominio u otros derechos reales sobre el bien expropiado, con indicación de los recursos que legalmente procedan en vía gubernativa.

7. Dicho acto debe ser notificado al propietario del bien, de conformidad a lo dispuesto por la Ley 1437 de 2011.
8. Contra este acto administrativo procede sólo el recurso de reposición que deberá ser interpuesto ante la misma autoridad dentro de los 10 días siguientes a la notificación del mismo.
9. Una vez firme la decisión, el bien pasará al dominio de la entidad expropiante, para lo cual basta con la inscripción de la decisión en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, donde el Registrador verificará que se haya hecho el pago de la indemnización pactada.
10. Si han transcurrido 10 días desde la ejecutoria de la decisión sin que el propietario expropiado haya retirado el dinero y los documentos correspondientes, el dinero o la cuota pactada se consignará a la cuenta dispuesta para ello por el expropiado y los documentos se pondrán a disposición de los Juzgados Administrativos, si estos valores y documentos no se ponen a disposición del propietario, la expropiación no producirá efectos.
11. Una vez se registre la decisión, se puede realizar la solicitud de entrega del bien sin intervención de autoridad judicial.
12. El bien expropiado debe ser empleado por la autoridad expropiante en los fines de utilidad pública invocados en el proceso expropiatorio dentro de los 3 años siguientes a la configuración de la misma.

Del proceso de expropiación contenido en la Ley 388 de 1997 se extrae que el mismo se realiza de manera más ágil que el proceso de expropiación judicial, sin embargo, cabe resaltar que contra este procedimiento los mecanismos de defensa con que cuenta el directamente afectado se limitan al recurso de reposición, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que se surtirá ante los Tribunales Administrativos, no siendo posible la presentación del recurso de apelación en sede administrativa y en consecuencia el recurso de Queja, trasladando la

defensa de los derechos del afectado al ámbito judicial, dejando claro que en este tipo de procedimiento, en sede administrativa el afectado solo cuenta con un recurso de defensa que le permitan defender su derecho de propiedad ante el proceso de expropiación.

Así mismo, se extrae del contenido de la norma que este tipo de proceso se adelanta contra el propietario del bien inmueble requerido para la realización de obras públicas sin entrar a considerar la posible existencia de otros actores con intereses sobre dichos bienes, como son los poseedores, sobre los cuales aún no se ha declarado la propiedad, dejándolos desprotegidos ante la eventual expropiación, en la medida en que la indemnización producto del proceso expropiatorio se reconoce, es el propietario y no al poseedor quien tiene el bien bajo su dominio con ánimo de señor y dueño.

3.3. Resolución 545 de 2008

Resolución 545 de 2008 (Instituto Nacional De Concesiones, 2008, Resolución 545) expedida por el Instituto Nacional de Concesiones define los instrumentos de gestión social aplicables a proyectos de infraestructura desarrollados por el mismo. En esta Resolución, entre otras cosas, se establecen definiciones y condiciones específicas para la realización de las compensaciones cuando se requieren predios para la realización de obras públicas, específicamente construcción de vías, o cuando, con el desarrollo de las obras, los bienes se pueden ver afectados.

En esa medida, establece la Resolución en el artículo 9 literal b) que el inmueble o el predio es

la unidad física constituida por terreno y/o mejoras. Cuando no se detente la propiedad sobre el terreno, entiéndase la noción de inmueble limitada a las mejoras adheridas a este. (Instituto Nacional De Concesiones, 2008, Resolución 545, Art. 9)

Se infiere a partir de ello que a quienes no ostentan la calidad de propietarios solo se les reconoce propiedad sobre las mejoras realizadas al inmueble, ya sea que se haya hecho la construcción de la edificación sobre el terreno del cual no se es propietario, haber hecho alguna mejora o anexo a la propiedad, entre otros.

Definiendo a su vez al mejoratario como aquel que “adquiere, realiza o construye a su costa y riesgo mejoras en terreno ajeno” (Instituto Nacional De Concesiones, 2008, Resolución 545), advirtiendo que éste puede ser considerado como poseedor, en el caso que se considere con ánimo de señor y dueño sobre el terreno donde se construyen las mejoras, haciendo claridad que la calidad de poseedor queda excluida del reconocimiento de la titularidad de dominio del terreno, pero que la condición de mejoratario puede ser probada con la presentación de documentos de adquisición de la mejora o con la presentación de dos declaraciones extraprocesales de personas domiciliadas en el mismo municipio.

Se establecen los factores de compensación socioeconómica por los perjuicios que se puedan ocasionar con la ejecución del proyecto, los cuales quedan plasmados en el Acuerdo de Reconocimiento de Compensaciones Socioeconómicas, suscrito entre el ejecutor del proyecto y el responsable de la unidad social beneficiada.

En todo caso, este contenido normativo deja claro que cuando no se ostenta la calidad de propietario solo se tiene derecho a reconocimiento de la compensación sobre las mejoras que el poseedor o el mejoratario haya realizado sobre el terreno del cual no es propietario, sin brindar una herramienta que permita la protección de los derechos del poseedor, como son el tiempo que lleva habitando el lugar, el ejercicio de la posesión con ánimo de señor y dueño y la expectativa de convertirse en propietario.

4. Falencias en la aplicación de la tutela administrativa frente a los derechos del poseedor de bienes objeto de expropiación

Si se analizan las normas antes referenciadas, a primera vista se podría pensar que otorgan mecanismos idóneos para la defensa de los derechos de quienes se ven inmersos en procesos de carácter administrativo, como el de expropiación, así como el respeto por el debido proceso. Sin embargo, cuando se estudia la aplicación del procedimiento en ellas contenido, es evidente que la protección plena del derecho a indemnización frente a la expropiación o al procedimiento de compensación se limita a los propietarios de los bienes, dejando de lado la protección del derecho del poseedor.

Esto debido a que el proceso de expropiación dispuesto en la Ley 388 de 1997 sólo contempla la indemnización por el bien expropiado para el propietario del mismo, concediendo al poseedor sólo el reconocimiento de las mejoras que haya podido demostrar dentro del proceso dejándolo sin mecanismos de defensa en el ámbito administrativo y obligándolo a hacer valer sus derechos como poseedor dentro de un proceso contencioso ante los jueces administrativos, mediante una acción de reparación directa.

Lo mismo sucede con la aplicación de la Resolución 545 de 2008, en la que se contempla que las compensaciones para los poseedores de bienes que se puedan ver afectados con la realización de obras públicas se limita a las mejoras realizadas sobre los mismos, cosa que no sucede con los propietarios, a quienes la compensación se les reconoce sobre todo el bien inmueble, entendiéndose el mismo como terreno más la edificación en él construida.

Es decir, no existe un mecanismo dentro del proceso administrativo que permita la protección de los derechos del poseedor en los casos que conllevan una indemnización por expropiación o perjuicios causados, quedando solo como vía de defensa la judicial, no configurándose en este caso la tutela

administrativa efectiva en la medida en que se le impide al poseedor poder acudir directamente ante la administración en defensa de sus derechos y de sus intereses afectados por las decisiones que esta toma, amparada en el bien común y la utilidad pública. A continuación, se resumen las falencias existentes frente a la regulación, interpretación y presupuestos de aplicación de la tutela administrativa de los derechos de los poseedores, tales como el derecho a la Indemnización Justa y suficiente, el reconocimiento de tiempo de posesión, derecho a la vivienda y debido proceso:

Figura 1. Falencias en el ámbito de regulación, interpretación y aplicación

Ámbito	Derechos del poseedor	Falencias
Regulación	<p>Indemnización justa y suficiente.</p> <p>Reconocimiento de tiempo de posesión.</p> <p>Derecho a la vivienda, entre otros.</p> <p>Debido proceso.</p>	<p>No existe regulación normativa dentro del proceso de expropiación que contemple una participación específica y concreta del poseedor dentro del mismo, en el que éste pueda defender derechos más allá de la indemnización por las mejoras, es decir, en el que se le reconozcan aspectos como las acciones de señor y dueño que lo llevaron a ejercer pleno cuidado sobre el bien durante cierto tiempo.</p> <p>No existe en la norma un mecanismo administrativo asimilable a las acciones posesorias que le permitan al poseedor defender de manera eficaz su posesión.</p> <p>El aspecto indemnizatorio para los poseedores no se encuentra regulado directamente desde la norma, sino desde la interpretación de la norma realizada por la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y por el Consejo de Estado.</p> <p>No existe una etapa procesal que permita al poseedor que reúne todos los requisitos necesarios para adquirir por prescripción el bien, oponerse al reconocimiento de la indemnización al propietario que no tiene bajo su posesión el bien y quien no ha ejercido las obligaciones propias del propietario sobre el mismo.</p>

Ámbito	Falecias
Interpretación	<p>Si las acciones posesorias fueron creadas o diseñadas con el propósito de servir de mecanismos de defensa del poseedor frente a perturbaciones de su posesión, deberían ser admisibles dentro del proceso de expropiación, para que el poseedor pueda de manera efectiva oponerse al actuar del Estado que le está ocasionando un perjuicio, en algunos casos irremediable, al despojarlo quizá del único medio que tiene para subsistir o el único techo bajo el cual refugiar a su familia.</p>
Presupuestos de Aplicación	<p>En la aplicación de la norma solo se tiene en cuenta el factor económico de inversión en la posesión, como son las mejoras, desconociendo otros aspectos afectados como la unidad familiar, el aspecto social y económico que se puede ver afectado con el proceso mismo, al despojar de estabilidad a una persona de un bien con expectativa de adquirir por prescripción, y más aún cuando lo pagado por concepto de las mejoras o el valor de la posesión, no son suficientes para adquirir otro bien que supla dignamente las necesidades que suplía el bien expropiado.</p> <p>El poseedor que demuestre cumplir los requisitos para la prescripción adquisitiva de dominio, debe ser tratado como un propietario, o por lo menos permitir que se oponga al derecho de indemnización del propietario.</p>

Elaboración propia

CONCLUSIÓN

De lo expuesto en la presente investigación, la tutela administrativa consiste básicamente en el respeto por el debido proceso en el ámbito administrativo y brindar a los particulares condiciones de defensa adecuadas ante cualquier tipo de actuación u omisión del Estado que pueda afectarlos. En cuanto a la garantía de los derechos del poseedor, se evidencia que dentro del proceso administrativo de expropiación no se brinda un mecanismo procesal que le permita defender su derecho de posesión más allá del reconocimiento del valor de las mejoras

o el valor pagado por la posesión del inmueble, pese a que en la normatividad y la jurisprudencia que desarrolla la figura jurídica de la Posesión se prevén acciones que permiten salvarla, como son las acciones posesorias, pero estas no son aplicables dentro de los procedimientos de expropiación por no existir una etapa procesal que las contemple.

A partir del análisis se observa que no existe un espacio procesal en que el poseedor pueda demostrar que cumple con los requisitos necesarios para ser declarado como propietario por medio de la prescripción adquisitiva de dominio y con ello oponerse ante quien aparece como propietario dentro del proceso de expropiación, por lo tanto, en éste se le desconoce la tutela administrativa efectiva, que no es más que el equivalente a la tutela judicial aplicable al ámbito administrativo cuando solo se contempla el recurso de reposición y no el de apelación, obligando al poseedor a recurrir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, única vía a la que también debe recurrir en los casos que conllevan una indemnización por expropiación o perjuicios causados.

No existe un espacio procesal que le permita al poseedor intervenir en otro asunto que no sea la solicitud de indemnización por las mejoras realizadas en el inmueble, objeto del proceso de expropiación, vulnerando el principio de igualdad, en la medida que no se brinda una oportunidad real para defenderse dentro del proceso al no permitirle que proteja sus derechos como poseedor con vocación de adquirir la propiedad cuando cumple con los requisitos propios para ello, coartando así la posibilidad hacer efectiva su expectativa de propietario.

Se interpreta la figura del poseedor como un mero hecho, y en razón a ello se ignoran las acciones y la labor que él mismo desempeña sobre el bien, que le permiten ser acreedor de derechos sobre la propiedad objeto de expropiación y gene-

rarse expectativas de adquisición de la propiedad mediante la expropiación, limitando sus derechos solo a la indemnización contemplada en la jurisprudencia. A partir de lo expuesto, los presupuestos para la aplicación de la tutela administrativa son el respeto por el debido proceso, la existencia de una etapa procesal que permita la defensa real de los derechos del poseedor y el resarcimiento íntegro de todos los perjuicios que logre demostrar, incluyendo el de la propiedad, en caso de que logre probar el cumplimiento de los requisitos para prescribir el bien.

Referencias bibliográficas

Doctrina

VEGA, Mariela y SUÁREZ Julián. *Derecho procesal administrativo*. Bogotá, Leyer, 4ta edición. 2014. p: 15

Cibergrafía

MERTEHIKIAN, Eduardo. *Procedimiento administrativo y reclamos por responsabilidad del Estado en el Derecho Federal argentino. Una mirada renovada bajo los alcances de la tutela administrativa efectiva*. Buenos Aires: Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública. N° 409. SAJ, Id SAJ: DACF130235. 2012. Disponible en: http://www.revistarap.com.ar/Derecho/administrativo/procedimiento_administrativo_i/1adm0166098796000.html

MUÑOZ, Ricardo. *La tutela Administrativa Efectiva*. La Ley Online. 2012. Disponible en: <http://boletinadministrativo.blogspot.com.co/2012/04/ricardo-alberto-munoz-la-tutela.html>

URRUTIGOITY, Javier. *Principio de la Tutela Administrativa efectiva*. Lexis N°0003/012321. 2005. Disponible en: <http://www.unsta.edu.ar/wp-content/uploads/2013/04/Procedimiento-Administrativo-03-Principios-generales.pdf>

PADILLA, Anabelle. *Debido proceso administrativo y la tutela administrativa efectiva*. 2012. Disponible en: <https://anabellepadilla.files.wordpress.com/2012/10/debido-proceso-administrativo.pdf>

Normativa

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, COLOMBIA. *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Leyer. 1991. Arts. 1, 2, 29 y 229

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, COLOMBIA. *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Leyer. 1991. Art. 229.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA, COLOMBIA. *Ley 1437 de 2011 "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"*. Bogotá. 2011. Art. 3. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html

CONGRESO DE LA REPÚBLICA, COLOMBIA. *Ley 1437 de 2011 "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"*. Bogotá. 2011. Art. 34. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html

INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES, COLOMBIA. *Resolución 545 de 2008 Por la cual se definen los instrumentos de gestión social aplicables a proyectos de infraestructura desarrollados por el Instituto Nacional de Concesiones y se establecen criterios*. Bogotá. 2008. Recuperado de: http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/resolucion_inco_0545_2008.htm

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Bogotá. 1948. Arts. 18 y 24. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n_Americana_de_los_Derechos_y_Deberes_del_Hombre_1948.pdf

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. 1948. Arts. 8 y 10. Disponible en: http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/carceles/1_Universales/B%E1sicos/1_Generales/DH/1_Declaracion_Universal_DH.pdf

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Americana de Derechos Humanos*. San José de Costa Rica. 1969. Art. 8. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_conven

cion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. 1966. Art. 2 Numeral 3 y art. 14. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Americana de Derechos Humanos*. San José de Costa Rica. 1969. Art. 25. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. 1966. Art. 14. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

Jurisprudencia

CORTE CONSTITUCIONAL, COLOMBIA. Sentencia C-279 del 15 de mayo de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

CORTE CONSTITUCIONAL, COLOMBIA. Sentencia C-1074 del 4 de diciembre de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, y Sentencia C-476 del 13 de junio de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. 2001. Punto 124. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.p

LA INVESTIGACIÓN Y SANCIÓN DE LOS NO COMPARECIENTES A LA JEP COMO UN ASUNTO DE RESPONSABILIDAD ESTATAL¹

LUISA FERNANDA ARRUBLA FRANCO²

Resumen

En el presente artículo se expondrá la problemática evidenciada con motivo de la sentencia C-674 proferida el 14 de noviembre de 2017 por la Corte Constitucional Colombiana, mediante la cual se produjo la declaratoria de inexecutable de los incisos 2 y 3 del artículo transitorio 16 y la aclaración con relación al artículo transitorio 17 del Acto Legislativo 01 de 2017. En lo concerniente a que la comparecencia ante la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) de los terceros civiles y agentes del Estado no pertenecientes a la fuerza pública se tornaba voluntaria —en contravía de lo manifestado en el *Acuerdo final* para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, que la consideraba obligatoria. Dejando así un vacío con respecto al juzgamiento de estos sujetos y, por consiguiente, la probabilidad de omisión por parte del Estado de sus deberes internacionales debido a la falta de investigación y sanción de crímenes internacionales.

1 Proyecto de investigación denominado *El principio de legalidad y la garantía del juez natural como impedimentos para el sometimiento obligatorio de los terceros a la Jurisdicción Especial para la Paz*.

2 Luisa Fernanda Arrubla Franco es abogada de la Universidad Libre Seccional Pereira y Magíster en Derecho Constitucional de la misma Institución Educativa. Se ha desempeñado en el sector privado y actualmente ejerce sus funciones en la Rama Judicial del Poder Público, a la cual ingresó en Carrera Judicial desde el año 2016. Correo electrónico: luisaf.arrublaf@gmail.com

Palabras claves:

Justicia transicional, Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), Juzgamiento de terceros, Omisión al deber de investigar, Responsabilidad internacional del Estado.

Metodología

Se trata de una investigación jurídica-empírica desarrollada a través de la estrategia metodológica cualitativa y la forma proyectiva, por cuanto se refiere a una predicción sobre las consecuencias jurídicas (en materia de responsabilidad estatal) del no sometimiento obligatorio de terceros a la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). Se abarca desde el tipo jurídico exploratorio especializándose en el estudio de casos como las sentencias proferidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) con respecto al tema de interés. Así pues, en su técnica de análisis de casos se sirve de fuentes secundarias como normas de rango constitucional y leyes, además de jurisprudencia nacional e internacional.

Introducción

Luego de las negociaciones adelantadas durante cuatro años por el Gobierno Colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo (FARC-EP), el 26 de septiembre de 2016 se firmó en Cartagena de Indias (Colombia) el *Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, documento que prometía contener las pautas para la terminación de un conflicto armado interno de más de medio siglo.

Con posteridad a dicho acuerdo, se expidió el Acto Legislativo 01 de 2016:

Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo

del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera.

y el Acto Legislativo 01 de 2017:

Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones.

El examen de constitucionalidad de este último fue realizado por la Corte Constitucional mediante sentencia C-674 de 2017, la cual introdujo algunas reformas de fondo dentro del procedimiento inicialmente previsto.

Conforme a lo anterior, el abordaje del presente capítulo se realizará primeramente con la contextualización de la citada sentencia para proceder a desarrollar dos ejes fundamentales. El primero será relativo a la competencia para investigar y sancionar crímenes internacionales en los que hubieran participado terceros y agentes del Estado no pertenecientes a la fuerza pública. El segundo comprenderá la responsabilidad extracontractual del Estado originada en la inexistente o tardía investigación y sanción de los crímenes internacionales. Finalmente se presentarán las conclusiones.

Resultados

*Justicia atrasada no es justicia,
sino injusticia calificada y manifiesta .*
Barbosa, 1920

Un gran número de personas que ostentan la condición de víctimas dentro del conflicto que flageló a Colombia durante los últimos cincuenta años esperaban que después de la puesta en práctica del Acuerdo Final firmado entre el Estado Colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército

del Pueblo (en adelante FARC-EP), sus derechos se verían concretados y sus necesidades de verdad, justicia y reparación ya no fueran más un saludo a la bandera. Sin embargo han manifestado que sus esperanzas se están diluyendo por los recientes acontecimientos dentro del escenario jurídico nacional.

Lo antes dicho es importante, puesto que alerta sobre las dificultades en la investigación y sanción de los graves crímenes que se cometieron en Colombia durante más de medio siglo. Lo cual permite avizorar la responsabilidad en la que podrían incurrir las entidades estatales a las que les fue asignado tan encomiable deber constitucional.

El punto de partida de la problemática a desarrollar se evidenció con ocasión de la sentencia C-674 del 14 de noviembre de 2017, a través de la cual se realizó control automático, único y posterior de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional Colombiana al Acto Legislativo 01 de 2017. Puesto que en tal providencia se declararon inexecutable los incisos 2 y 3 del artículo transitorio 16 que establecían la competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz (en adelante JEP) para el juzgamiento de todos aquellos:

... terceros que hubieran tenido participación activa o determinante en la comisión de los siguientes delitos: genocidio, delitos de lesa humanidad, los graves crímenes de guerra —esto es, toda infracción del Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH) cometida en forma sistemática—, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, todo ello conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma. (A.L. 1, 2017, art. trans.16 inc. 2).

De igual manera, en el mencionado fallo se realizó la aclaración con respecto al artículo transitorio 17 para indicar que

los agentes del Estado que no hacen parte de la fuerza pública se

encuentran sometidos al mismo régimen de los terceros civiles previstos en el inciso 1 del artículo transitorio 16 (Corte Constitucional, 2017).

Por consiguiente, surgen interrogantes con respecto a la comparecencia ante la justicia de terceros y de los agentes del Estado no pertenecientes a la fuerza pública. Pues, si bien en el Acuerdo Final se estipuló que dicha comparecencia se tornaba obligatoria, en la sentencia precitada se consideró que ello no era posible en virtud del principio de legalidad y de la garantía del juez natural como integrante del principio del debido proceso, y que por tal razón su comparecencia ante dicha jurisdicción debía tornarse voluntaria.

Así las cosas, quedará al arbitrio de tales personas la comparecencia ante la JEP, y si ello no sucede, la única vía será la investigación y sanción que pueda llevarse a cabo ante la jurisdicción ordinaria. Aquí los cuestionamientos parten de que existen múltiples estadísticas —las cuales no se citarán en extenso, pero algunas de cuyas conclusiones deben ser resaltadas— que arrojan que:

1. En la lista de países con mayores índices de impunidad, Colombia es el octavo, con 66.57 puntos y ocupa el quinto lugar en América (antecedida por México, Perú, Venezuela y Brasil) (UDLAP, 2017);
2. Por cada 100.000 habitantes, aun cuando el promedio en 59 países es de 16.23 jueces, en Colombia solamente existen 10.09 jueces para atender la mencionada población (UDLAP, 2017); y
3. Según el indicador anual de Gestión de la Rama Judicial, para el mismo año de las estadísticas anteriores, el porcentaje de congestión judicial fue del 45% (CSJ, 2017). Con lo cual puede afirmarse que la jurisdicción ordinaria en Colombia no cuenta con la capacidad operativa para llevar a cabo una real y eficiente investigación y sanción de los crímenes objeto de estudio.

De hecho, fue hasta mayo de 2019 que se publicó por parte de la Fiscalía General de la Nación (en adelante FGN) la cifra de 16.772 copias compulsadas por parte de la Ley de Justicia y Paz, dentro de la cual —inicialmente— se encontraron involucrados 311 civiles y 835 agentes del Estado no pertenecientes a la fuerza pública (FGN, 2019). Ello es preocupante, porque tales cifras se revelan después de 14 años de vigencia de la Ley 975 de 2005 sin que se conozca con certeza cuántos de estos casos presentan avances ante la jurisdicción ordinaria.

Por otra parte, al momento del vencimiento del término (06 de septiembre de 2019) otorgado por la Ley 1957 de 2019 (Estatutaria de la JEP) para que comparecieran ante dicha jurisdicción los agentes del Estado no pertenecientes a la fuerza pública y los terceros, se recibieron en dicha jurisdicción 657 solicitudes de sometimiento (540 y 117 respectivamente). Así mismo, el Fiscal General de la Nación informó que se habían recibido 76 solicitudes individuales y 2 colectivas que vinculaban a 163 postulados a la Ley de Justicia y Paz —Ley 975 de 2005— (JEP, 2019). El antedicho es un insuficiente y preocupante número de personas que comparecen voluntariamente si se compara con las 8.910.526 víctimas que se encuentran registradas hasta la misma fecha en el Registro Único de Víctimas. (UARIV, 2019).

En este orden de ideas, se torna importante dilucidar la responsabilidad del Estado en aquel escenario en el que sus órganos resulten incapaces de investigar y sancionar los crímenes internacionales inicialmente reseñados. Por ello se ha convenido afirmar que, en tal caso, la responsabilidad estatal se podría configurar a título de falla del servicio por defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. Por lo tanto, la exposición se dividirá en dos ejes fundamentales, así:

1. La competencia para investigar y sancionar crímenes internacionales en los que hubieran participado terceros y agentes del Estado no pertenecientes a la fuerza pública y
2. La responsabilidad extracontractual del Estado originada en la inexistente o tardía investigación y sanción de los crímenes internacionales.

1. La competencia para investigar y sancionar crímenes internacionales en los que hubieran participado terceros y agentes del estado no pertenecientes a la fuerza pública

Como resultado de las negociaciones adelantadas desde el año 2012 por el gobierno colombiano se firmó el 24 de noviembre del 2016 con las FARC-EP el Acuerdo final para la terminación del conflicto y la consolidación de una paz estable y duradera. En este se pactó la creación de un mecanismo de justicia transicional que permitiera investigar y sancionar a los militantes de las FARC-EP, a los miembros de las fuerzas públicas y a los terceros que hubieren participado en el conflicto armado interno.

En el numeral 25 de dicho acuerdo se realizó la aclaración de que los crímenes de lesa humanidad y los demás crímenes establecidos en el Estatuto de Roma no podían ser amnistiables, y en el numeral 32 se afirmó que la JEP tendría competencia respecto de las conductas de financiación o colaboración —no coaccionadas— con cualquier actor del conflicto. Se destacó igualmente que la Sección de Revisión del Tribunal llamaría a comparecer a aquellas personas que no se hubieran presentado previamente ante la Sala de Verdad y Reconocimiento y que tuvieran una participación determinante (conforme al numeral 40) de las conductas establecidas en el Estatuto de Roma, las cuales consistían en infracciones graves al DIH como la

toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores (Acuerdo Final, 2016).

Adicionalmente, se estableció la competencia para la aplicación del componente de justicia a los agentes del Estado que hubieran cometido delitos relacionados con el conflicto armado y con ocasión de ese, entendiendo como agente del Estado a:

Toda persona que al momento de la comisión de la presunta conducta criminal estuviere ejerciendo como miembro de las corporaciones públicas, como empleado o trabajador del Estado o de sus entidades descentralizadas territorialmente o por servicios, que haya participado en el diseño o ejecución de las conductas delictivas cometidas por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado. (Acuerdo Final, 2016)

En el artículo 40 se señaló que las conductas que ya fueron reseñadas como integrantes del artículo 32 no serían beneficiarias de indultos o amnistías. Además se indicó que dentro del ordenamiento jurídico se delimitaría el campo y alcance de las mismas conforme a lo previsto en el Estatuto de Roma, en el derecho internacional de los DDHH y en el DIH. Más adelante, en el literal T del numeral 48 se especificó que con tres meses de anterioridad a la resolución de conclusiones la Sala informaría a la sección de revisión del Tribunal, para que obligara a realizar la comparecencia ante la JEP de las personas respecto de las cuales se tuvieran fundamentos claros y suficientes para presumir la participación determinante en una de las conductas antedichas. Es aquí donde puede observarse la competencia inicialmente asignada a la JEP para realizar vinculaciones obligatorias con base en los resultados que arrojaran las declaraciones recibidas al interior de sus procesos.

Posteriormente, se promulgó el Acto Legislativo 01 de 2016 por medio del cual se autorizó por seis meses un Procedimiento Especial para la Paz con el fin de implementar cabalmente el Acuerdo Final y, luego de ello, se creó la Jurisdicción Especial para la Paz (en adelante JEP) mediante Acto Legislativo 01 de 2017. En el artículo transitorio 5 de este último se le estableció la competencia preferente a la JEP para conocer de los hechos ilícitos cometidos con anterioridad al 01 de diciembre de 2016 que hubieren tenido lugar

por causa, con ocasión, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado por quienes participaron en el mismo, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al DIH

o graves violaciones de los DDHH. (A.L. 01, 2017).

El reseñado Acto Legislativo 01 de 2017 fue, en su mayoría, declarado executable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-674 de 2017. Sin embargo, en aquella se realizaron algunas precisiones con respecto a: i) el deber del Estado de investigación y juzgamiento y el derecho de las víctimas, ii) la garantía del juez natural y iii) el principio de legalidad.

En lo atinente al primer punto, la mencionada sentencia resaltó como fin último del Estado respetar, proteger y garantizar los derechos de las personas; entendiendo el mismo tanto desde su dimensión negativa —permitiendo el goce sin intromisión— como desde su dimensión positiva —promoviendo las condiciones para su efectivo disfrute—. Así las cosas, se dijo entonces que había sido en virtud tanto de la obligación del Estado de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los DDHH y las infracciones al DIH, como de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación; que se había determinado en Sentencia C-579 de 2013, la validez de las disposiciones del Acto Legislativo 01 de 2012 —marco jurídico para la paz—.

Se explicó lo anterior en el hecho de que, si bien era deber del Estado desplegar la función persecutoria y represiva para sancionar el fenómeno delictivo, dicho deber debía flexibilizarse en aquellos escenarios de violaciones masivas de derechos —como lo había sido el conflicto armado interno—. Puesto que ello permitía una transición hacia la paz y propendía por los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas. Adicionalmente, se aclaró que como mínimo irreductible de aquel deber se encontraba la obligación de criminalizar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las infracciones al DIH.

De dicho modelo transicional se destacaron tres elementos esenciales:

1. El deber del Estado de desplegar la función persecutoria por lo menos hacia los principales responsables de los delitos internacionales, es decir, de aquellas vulneraciones a los derechos humanos conforme al DIH (como el genocidio, los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra),
2. El hecho de que cualquier tratamiento especial debía estar supeditado a la contribución real, efectiva y proporcional que realizaran dichos responsables en el objetivo de conseguir la paz y
3. Que la obligación estatal de sancionar significaba que aquellas personas, declaradas responsables penalmente por tales violaciones, debían cumplir una sanción real y no meramente formal, es decir, una restricción objetiva de la libertad.

En cuanto a la garantía del juez natural, se dijo que comprendía dos exigencias básicas: la predeterminación, para que los litigios fueran resueltos de conformidad con las reglas de competencia establecidas previamente, y la preconstitución legislativa, según la cual sería el Congreso de la República quien debía establecer el órgano judicial ante el que se tramitarían los diferentes asuntos jurídicos.

Con respecto a la primera característica se dijo que las reglas de competencia debían definirse antes de la ocurrencia de los hechos que iban a ser juzgados y que las personas solo debían someterse a tribunales constituidos con anterioridad, pues el conocer las condiciones del proceso les brindaba seguridad jurídica y confianza legítima.

De la segunda característica se afirmó que la misma exigía que las controversias fueran asignadas a jueces constituidos regularmente según lo hubiese determinado el legislador; lo cual se traducía en la prohibición de jueces de excepción o jueces *ad hoc*, pues con ello se garantizaba la independencia de la administración de justicia. No obstante, se precisó que dicho tribunal en algunas ocasiones había validado cambios

ex post en las reglas de competencia, bajo el entendido de que ello ocurriera respecto de órganos judiciales ya existentes al interior de la misma jurisdicción.

En este orden de ideas, se expuso que, si bien la creación de una nueva jurisdicción para juzgar los delitos cometidos durante el conflicto no anulaba la garantía del juez natural, existían dos puntos donde ello sí ocurría y por ende se tornaban inexecutable: el parágrafo del artículo transitorio 5 y el inciso 2 del artículo 16 del mencionado acto legislativo. Este último establecía la competencia para hacer comparecer a los terceros que hubieren tenido participación activa o determinante en la comisión de los delitos previstos y se declaró inexecutable por lo que pasa a explicarse:

Se afirmó que, para cumplir con el deber estatal de investigación y juzgamiento de graves delitos cometidos durante años de conflicto armado, se accedió a la condición de quienes estaban al margen de la ley de crear un sistema de justicia que ofreciera garantías para ambas partes, y por tanto se autorizó el traslado competencial a favor de la JEP. Se explicó entonces que ello no violaba el principio de juez natural por cuanto había existido por parte de los combatientes (FARC y Fuerza Pública) la voluntad de someterse a dicha jurisdicción al haber considerado que existían las garantías desde una perspectiva transicional. Y que además, el hecho de que los actores armados se sometieran a la justicia y que los actos cometidos por ellos no quedaran en la impunidad, constituía un principio de razón suficiente para la creación de una jurisdicción autónoma e independiente como la JEP.

De esta manera, se aclaró que tal circunstancia no comportaba la anulación de la garantía del juez natural por cuanto el traslado competencial se realizaba dentro de un diseño que ofrecía garantías simétricas para los miembros de la fuerza pública y para los alzados en armas. Sin embargo, se resaltó que no ocurría lo mismo con quienes no tenían la calidad de combatientes y no se sometían voluntariamente a la JEP, o con quienes

ostentaran fueros constitucionales. Lo anterior se explicó en estas palabras:

En relación con estos sujetos, el acceso forzoso a la JEP sí suprime la garantía del juez natural, en la medida en que, por un lado, se dispuso un traslado de atribuciones de la jurisdicción ordinaria a la JEP, en asuntos que comprometen directamente la libertad individual por referirse a la investigación y sanción de los delitos, y en la medida en que bajo el nuevo modelo competencial se produjo una alteración *ex post y ad hoc* de las reglas de competencia del órgano judicial y del régimen jurídico al que se encuentran sometidos dichos sujetos, en relación con las infracciones cometidas en el marco del conflicto armado antes del 1º de diciembre de 2016 (Corte Constitucional, 2017).

Por lo visto, en dicha sentencia se excluyó de la competencia de la JEP el juzgamiento de ciertas personas (agentes del Estado no pertenecientes a la fuerza pública y terceros) que podrían haberse visto involucrados en graves crímenes de relevancia internacional. Así también, se estipuló en las reglas de procedimiento dictadas mediante la Ley 1922 de 2018, en la cual se confirmó la competencia de la JEP para conocer los casos de agentes del Estado no pertenecientes a la fuerza pública y de terceros civiles que se sometieran voluntariamente a dicha jurisdicción —siempre y cuando aquellos manifestaran previamente su voluntad de sometimiento. No obstante, se dijo que aquello únicamente era posible en los casos en que ya existiera vinculación formal a un proceso penal. Lo cual sugiere entonces que en los casos en los que la jurisdicción ordinaria no presente ningún avance, y aun cuando la JEP tenga conocimiento de la presunta responsabilidad de aquellos sujetos en la comisión de los crímenes objeto de estudio, no se tendrá más opción que compulsar las copias correspondientes a la FGN para que adelante la debida investigación.

En ese mismo sentido se promulgó la Ley 1957 de 2019, en la cual se precisó la competencia de tal jurisdicción para

investigar los hechos cometidos con anterioridad al 01 de diciembre de 2016 en virtud de las compulsas de copias realizadas por la jurisdicción de Justicia y Paz, siempre y cuando no se tratara de terceros civiles, agentes del Estado no pertenecientes a la fuerza pública o aforados constitucionales. En dicha oportunidad se realizó la advertencia de que la FGN debía hacer uso de la priorización y demás facultades legales para adelantar los procesos de los que continuara conociendo la jurisdicción ordinaria.

Lo propio se aclaró con respecto a las funciones de la Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas (artículo 79), pues se dijo que debían analizarse las compulsas de copias remitidas por Justicia y Paz —excepto en los casos ya señalados—, que podría citarse a comparecer a las personas comprometidas por los informes o declaraciones de reconocimiento —excepto a los terceros o agentes del Estado que no hayan manifestado previa, expresa y voluntariamente su intención de someterse a la JEP— y se ratificó la competencia para los terceros que se presentaran voluntariamente a tal jurisdicción dentro de los tres años siguientes de su puesta en marcha. Dicha salvedad se volvió a realizar con respecto a la competencia de la sección de revisión del Tribunal para la Paz (artículo 97) de ordenar la comparecencia obligatoria de los involucrados, en donde nuevamente se aclaró que dicha competencia no podía ser empleada con los citados sujetos.

En consecuencia, lo expuesto hasta este punto se encuentra revestido de mayúscula importancia en el escenario académico si se tiene en cuenta que dentro de los procesos de juzgamiento que se lleven a cabo ante la JEP pueden encontrarse involucradas las personas a las que reiterativamente se hizo alusión a lo largo de este escrito, y en ese caso dicha jurisdicción perderá competencia para continuar con el esclarecimiento de tales hechos, pues no le es posible hacerlos comparecer obligatoriamente. Generándose también dudas con respecto a su vinculación voluntaria toda vez que depende de la existencia de un proceso penal. Por otra parte, existe un

escenario aún más preocupante, y es aquel en el cual terceros y agentes del Estado no pertenecientes a la fuerza pública no se encuentran involucrados por ninguna declaración recibida en la JEP, caso en el cual deberá iniciarse la debida investigación al interior de la jurisdicción ordinaria.

El cúmulo de inquietudes ya planteadas con respecto al destino de las investigaciones en contra de las referidas personas se traduce en la posibilidad de que se genere responsabilidad estatal originada por el incumplimiento del deber de investigar. Ya que si bien, en principio se veía con buenos ojos la competencia de la JEP para investigar y sancionar los crímenes que se han descrito, el hecho de que dicha competencia se haya atribuido a la jurisdicción ordinaria es verdaderamente preocupante si se tiene en cuenta el contexto actual de la misma. Es por ello que en adelante se enfocará el presente escrito a analizar acerca de la responsabilidad del Estado originada en el incumplimiento del deber de investigar, en cómo se ha comprendido dicho deber desde el derecho interno y desde la óptica de la jurisprudencia internacional.

2. La responsabilidad extracontractual del estado originada en la inexistente o tardía investigación y sanción de los crímenes internacionales

Para iniciar con este punto, es necesario acudir a los desarrollos normativos de derecho interno previstos en la Constitución Política, la ley y la jurisprudencia para enfocar en términos generales los elementos estructurales de la responsabilidad estatal. Estos se circunscriben a establecer la configuración del daño o lesión determinable que se inflige a una o varias personas, la conducta activa u omisiva jurídicamente imputable al Estado y la relación de causalidad entre ambas.

Con el propósito de concretizar en debida forma cómo se podría configurar la responsabilidad estatal, debe observarse

lo consagrado en el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia, del cual se desprende el deber del Estado de investigar los hechos que revistan las características de delito y correlativamente analizar cómo el incumplimiento de dicha obligación conlleva a su responsabilidad administrativa. De esta manera, el daño antijurídico que se causa a raíz de la omisión en el deber de investigar y juzgar los crímenes internacionales que ya se han mencionado parte de lo preceptuado en el artículo 90 constitucional, el cual orienta las bases de la responsabilidad extracontractual del Estado al imponer la obligación de responder patrimonialmente por el daño antijurídico que le sea imputable por la acción u omisión de las distintas autoridades que lo integran.

Por tanto, es menester ampliar la exposición respecto a la configuración del daño antijurídico aunado a la relación de causalidad existente entre el mentado deber estatal de investigar y las nefastas consecuencias que se generan al omitir o desarrollar inadecuadamente tal misión asignada a las autoridades. Lo anterior, con el fin de tener medidas de prevención concretas y efectivas, puesto que de no adoptarse se seguiría incumpliendo con el objetivo de administrar adecuadamente justicia a las víctimas de la ya conocida problemática social de constantes comisiones de delitos de relevancia internacional.

Debería ser continua la alusión al régimen de responsabilidad aplicable en estos casos, sin embargo, la inveterada posición del Consejo de Estado ha propendido por sostener que el artículo 90 constitucional no aparejó un régimen especial de imputación; pues se ha mantenido la tesis de que la aplicación de la regla bajo la cual se va a juzgar la conducta que genera un daño antijurídico es un asunto intelectual del fallador que está en el deber de analizar si este se configuró y si es normativamente imputable al que lo genera.

Para establecer la manera en que se genera el daño antijurídico reparable por parte de las autoridades a quienes constitucionalmente se asignó la función de investigación y sanción de los delitos deberá acudirse necesariamente a

las instancias internacionales que han mantenido constantemente la filosofía de la verdad, la justicia y la reparación. Empero, antes de ello se abarcarán rápidamente los preceptos de derecho interno para advertir los parámetros que orientarían la reparación integral de las personas cuyos derechos se han visto vulnerados con los inhumanos actos de barbarie que constantemente se generaron como consecuencia del conflicto armado.

Si se acude a las distintas disposiciones que forman parte del bloque de constitucionalidad —art.93 Constitución Nacional— en las que claramente se alude a los delitos de rango internacional, se podrá evidenciar que debido a su importancia se les ha considerado como imprescriptibles, posición que también ha tenido acogida dentro de la jurisprudencia nacional. Ahora, en el campo de la responsabilidad estatal se ha dicho que no existe un término de caducidad para adelantar el medio de control respectivo, pues los derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición de las víctimas de crímenes atroces no se pueden ver menguados por el transcurso del tiempo.

Precisamente el transcurso del tiempo y la ineficacia del aparato estatal son los factores que han impedido que a las víctimas se les garantice el derecho a la verdad y ello ha desencadenado en numerosos perjuicios —en su mayoría de orden inmaterial— que las víctimas no están en la obligación jurídica de soportar. Correlativamente, ha abierto paso a analizar si hay lugar a considerar un daño antijurídico por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia —artículo 69 de la Ley 270 de 1.996.

Sobre la configuración de la responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, es menester precisar que el Consejo de Estado ha mantenido de manera uniforme su posición:

1. Se produce frente a actuaciones u omisiones diferentes a providencias judiciales, necesarias para adelantar un proceso;

2. Puede provenir de funcionarios judiciales y particulares que ejerzan facultades jurisdiccionales;
3. Debe existir un funcionamiento defectuoso o anormal partiendo de la comparación de lo que debería ser un ejercicio adecuado de la función judicial;
4. Título de imputación de carácter subjetivo;
5. Se manifiesta de tres formas: la administración de justicia ha funcionado mal, no ha funcionado o funcionó tardíamente. (Consejo de Estado, 2014)

Conforme a lo manifestado, se pretende desde la academia exponer los argumentos por los cuales se podría encontrar comprometida la responsabilidad administrativa del Estado ante la omisión de investigar en debida forma los crímenes internacionales que se han desatado a lo largo de la historia del conflicto armado interno que ha soportado el país durante décadas. Se afirmó que con el acuerdo de paz la situación de miles de víctimas en cierta manera se iba a reparar, por cuanto se esperaba conocer la verdad de los atroces crímenes que fueron cometidos. Dicho objetivo podría quedar en letra muerta si se valora en su justa proporción el fallo de la Corte Constitucional toda vez que el mismo dejó expuestas a las víctimas en su derecho a conocer la verdad, al excluir a los terceros y los agentes del Estado no integrantes de la fuerza pública de la justicia transicional y por ende trasladar la competencia de tales investigaciones al campo de la jurisdicción ordinaria.

La anterior afirmación cobra valor cuando se analizan las estadísticas en las que se demuestran que los órganos encargados de investigar y juzgar operativamente se encuentran en incapacidad de brindar las herramientas necesarias para que dicho cometido se cumpla. Ello genera incertidumbre acerca del resultado de las investigaciones, pues, en la mayoría de los casos, las mismas desembocan en la imposibilidad de hallar evidencia oportuna que permita juzgar en debida forma dichos delitos, esta es la muestra

fehaciente de que se genera un daño antijurídico imputable fáctica y jurídicamente al Estado por la omisión de brindar a las víctimas una reparación integral que comprenda el tan necesitado derecho a la verdad y justicia.

El hecho de que el Estado se encuentre en incapacidad operativa de efectuar adecuada y oportunamente las correspondientes investigaciones es lo que abre paso a considerar su responsabilidad administrativa por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. Si bien el Consejo de Estado ha sostenido que cualquier tipo de demora no genera automáticamente la responsabilidad de reparar, puesto que se deben tener en cuenta las dificultades logísticas de las instituciones encargadas de cumplir dicho cometido y también es cierto que esa postura coincide con la jurisprudencia interamericana. Ha de resaltarse que esta última ha sostenido que aquellas dificultades internas no pueden ser alegadas por el Estado con el objetivo de seguir incumpliendo sus obligaciones de investigación y sanción.

Por otra parte, conviene considerar que la categorización de los perjuicios que se generan ante la incertidumbre de las víctimas de conocer la verdad debe ser acogida desde la consolidada posición adoptada por la jurisprudencia del Consejo de Estado. La cual se encuentra permeada por las novedosas corrientes jurídicas internacionales —que paulatinamente también han encontrado asidero en la práctica judicial de las otras altas cortes colombianas. Así pues, pueden citarse numerosas posiciones teóricas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que fueron adoptadas por la jurisprudencia nacional al aplicar el ya conocido concepto de control de convencionalidad y que tienen como fin primordial alcanzar los postulados de la reparación integral.

Tal orientación se ha ido moldeando con el tiempo para consolidar otras de las preciadas posturas que humanizaron la hermenéutica de la clásica concepción de responsabilidad del Estado. Avanzando así hacia reparaciones encaminadas a

reconocer no solo indemnizaciones de carácter económico, sino también medidas orientadas a garantizar la no repetición, como las públicas disculpas o el diseño de políticas que evitaran que los hechos que desencadenaron la responsabilidad estatal se siguieran presentando.

Este desarrollo jurisprudencial ha dejado entrever que la regla general de responsabilidad en la que solo se reparaba el daño y nada más que el daño se está empezando a dejar de lado para proceder a efectuar otro tipo de reparaciones que, desde luego, trascienden las que fueran consideradas de antaño como impenetrables teorías de las responsabilidades del Código Civil Colombiano.

Aunque todavía quedan algunos vestigios de tan exegéticas posturas normativas, se observa que ya existe cierto grado de laxitud al ordenarse reparaciones que trascienden el campo meramente pecuniario para ordenar reparaciones de carácter simbólico. La jurisdicción contenciosa administrativa se ha encargado de subsumir posturas jurisprudenciales de derecho internacional y aunque son innegables las benéficas consecuencias que ello representa en el derecho interno, se pueden advertir también algunas brechas en los criterios que limitan la adecuada reparación integral de la víctima.

Colombia ha sido abanderada en la innovación de figuras que han permitido que el derecho administrativo se convierta en un modelo que le ponga contrapesos a las actuaciones estatales. Sin embargo, la actualidad jurídica y los permanentes cambios sociales y culturales permiten aseverar que las víctimas de los daños ocasionados por el Estado no se pueden ver atadas a las formas de cuantificar los perjuicios que han sido desarrolladas por la jurisprudencia.

Lo anterior para decir que, así como en su momento se dio paso a las indemnizaciones con acopio al control de convencionalidad, también se podría llegar al punto de permitir que el juez pueda reconocer otro tipo de perjuicios que se constituyan

a título de reproche o sanción por las actuaciones omisivas o permisivas de la administración que terminan desencadenando el daño antijurídico.

Ello es posible siempre y cuando la jurisprudencia nacional avance paralelamente a la vanguardia de la acuciosa construcción jurisprudencial que en nuestro hemisferio ha sido elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o Corte) con base en la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH O Convención); así pues, se procederá a analizar en dicha instancia y de manera transversal los dos conceptos más importantes para el desarrollo del tema propuesto, el primero es el deber del Estado de investigar y el segundo es el derecho de las víctimas a la verdad, el cual ha sido introducido como un componente del derecho a la justicia.

Ahora, debe decirse que la obligación de investigar no se encuentra contemplada bajo ese tenor dentro de la CADH y por ello ha sido la jurisprudencia interamericana la que se ha encargado de diseñarla a partir de la obligación de respetar los derechos (artículo 1), de las garantías judiciales (artículo 8) y de la protección judicial (artículo 25). A continuación, se reseñan brevemente algunas de las pautas jurisprudenciales que han sido establecidas por la Corte IDH, tratando de brindarle especial prelación a aquellos casos en los que los autores principales no son órganos del Estado.

En el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (sentencia del 29 de julio de 1988), con ocasión de la desaparición de Manfredo Velásquez (y entre 100 a 150 víctimas más) a manos de quienes las personas coincidían en calificar agentes militares, policías o personal bajo su dirección, la Corte IDH sostuvo que había sido probada una práctica de desapariciones sistemáticas entre los años 1981 a 1984, la cual había sido cumplida o tolerada por las autoridades hondureñas sin que el Estado hubiera sido capaz de prevenir, investigar y sancionar tales hechos, y más bien se hubiera negado a auxiliar a quienes se interesaron

en averiguar el paradero de las víctimas. Si bien en este fallo se afirmó la infracción de numerosas disposiciones de la Convención (artículos 4, 5 y 7), se resaltó que la existencia de aquellos hechos, además, suponía que el Estado no había cumplido con la obligación de respetar los derechos (artículo 1.1.).

Constituye el anterior uno de los primeros precedentes en cuanto a la obligación del Estado de prevenir razonablemente los hechos violatorios de derechos humanos, de investigar seriamente para identificar a los responsables de los mismos y de sancionar pertinentemente tales violaciones. Además de lograr —de ser posible— el restablecimiento de los derechos de las víctimas, o en el caso contrario, de realizar una debida indemnización. Así mismo, en aquella oportunidad se dijo que, aunque un hecho violatorio de derechos humanos no resultara directamente imputable al Estado, el no actuar con la diligencia debida para evitar tales vulneraciones sí podía acarrear la responsabilidad internacional del Estado. La cual también se configuraba si pese a no haberlo podido evitar posteriormente no se procedía conforme a los términos de la CADH.

En similar sentido se pronunció la CorteIDH en el caso *Godínez Cruz vs. Honduras* (20 de enero de 1989) con respecto a la desaparición —en idénticas condiciones que en el caso anterior— del señor Saúl Godínez; ocasión en la cual se reiteró que, además del deber de prevención, el Estado tenía el deber jurídico de investigar, independientemente del agente que hubiese cometido la violación a los derechos humanos. Pues de no ser así, aun cuando la vulneración en principio no hubiera sido cometida por el Estado, si aquellos hechos no se investigaban seriamente resultaría comprometida la responsabilidad internacional de este, pues podría decirse que el poder público en cierto modo se encontraba auxiliando tales hechos. Así mismo se aclaró que en el caso de personas desaparecidas, el deber estatal de investigar subsistía mientras no se aclarara la suerte final de la persona. Ya que, incluso cuando las circunstancias internas no permitieran aplicar las sanciones a los responsables de tales actos, el Estado debía satisfacer las justas expectativas

de los familiares de las víctimas de conocer cuáles habían sido sus destinos y en dónde se encontraban sus restos.

A su vez, en sentencia del 29 de enero de 1997 proferida dentro del caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua*, en relación con el artículo 8 de la CADH que se refiere a las garantías judiciales, la Corte IDH indicó que en el numeral primero del mismo se consagraba el concepto de *plazo razonable*. El cual podía ser explicado conforme a su equivalente en el Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 6). Indicó que a tal concepto jurisprudencialmente se le habían otorgado tres elementos esenciales: la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado y la conducta de las autoridades judiciales —debe decirse que mediante sentencia del caso *Valle Jaramillo* del 27 de noviembre de 2008 fue añadido como cuarto elemento: la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso—. En este orden de ideas, la Corte consideró que en aquella oportunidad se habían rebasado los límites de razonabilidad, puesto que habían transcurrido más de cinco años desde la apertura del proceso, sin que se hubiese dictado sentencia en firme (excluyéndose de dicho cómputo la investigación judicial y el plazo de la Procuraduría para presentar acusación ante el juzgador de primer grado).

Más tarde, la jurisprudencia interamericana perfiló la obligación estatal de investigar a partir de los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en conexidad con el artículo 1.1, la cual se encuentra explicada perfectamente en sentencia del 5 de julio de 2004, proferida dentro del caso *19 comerciantes vs. Colombia*, así:

En reiteradas oportunidades el Tribunal ha señalado que el Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad, que la Corte ha definido como *la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana*. Al respecto, la Corte ha advertido que [...] *el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles, ya*

que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares. El tribunal ha indicado que sólo si se esclarecen todas las circunstancias en cuanto a la violación, el Estado habrá proporcionado a las víctimas y a sus familiares un recurso efectivo y habrá cumplido con su obligación general de investigar y sancionar, permitiendo a los familiares de la víctima conocer la verdad, no sólo sobre el paradero de sus restos mortales sino, sobre todo, lo sucedido a la víctima. (Corte IDH, 2004).

Es por lo dicho en precedencia que la Corte dentro del caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia (Sentencia de 15 de septiembre de 2005) diseñó una fórmula, según la cual sugirió al Estado de Colombia:

a) remover todos los obstáculos, de facto y de jure, que mantengan la impunidad; b) utilizar todos los medios disponibles para hacer expedita la investigación y el proceso judicial; y c) otorgar las garantías de seguridad adecuadas a las víctimas, investigadores, testigos, defensores de derechos humanos, empleados judiciales, fiscales y otros operadores de justicia, así como a los ex pobladores y actuales pobladores [de Mapiripán].

Además de ello, en sentencia del 31 de enero de 2006 dentro del caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia se recordó que, si bien la obligación de investigar se desprendía de las obligaciones generales de carácter *erga omnes* (artículo 1.1 y 2), los deberes especiales derivados de las mismas conllevaban a que dicha obligación estatal debiera asumirse no solamente cuando dichas violaciones hubiesen sido cometidas directamente por órganos del Estado, sino también cuando hubieran sido perpetradas por particulares.

Lo anterior, por cuanto el Estado contaba con la obligación positiva de asegurar la efectiva protección de los derechos humanos y, por ende, la realización de una investigación efectiva constituía una de las maneras de protección de los dere-

chos violados. Es importante resaltar que en este fallo la Corte, además de citar las altas cifras de impunidad con que cuentan las estadísticas colombianas, reconoció las difíciles circunstancias por las que ha atravesado el país y los esfuerzos realizados para su superación. No obstante, aclaró que ello no liberaba al Estado de cumplir con sus obligaciones y señaló que la falta de investigación y sanción transgrede los deberes de

... respetar y garantizar los derechos reconocidos por la Convención a la presunta víctima y sus familiares, impide que la sociedad conozca lo ocurrido y reproduce las condiciones de impunidad para que este tipo de hechos vuelvan a repetirse. (CorteIDH, 2006).

A continuación, en sentencia del 23 de septiembre de 2009 dentro del Caso Garibaldi vs. Brasil, la Corte IDH concluyó que cinco años era un plazo excesivo para que el Estado realizara las diligencias investigativas y que ello constituía una denegación de justicia en perjuicio de los familiares de la víctima. Reiteró que la impunidad propiciaba la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y resaltó que aquellos pluricitados deberes estatales no sólo se desprendían de las normas convencionales de Derecho Internacional imperativas para los Estados partes, sino que también debían encontrarse dentro del ordenamiento jurídico interno y que por tanto, al Estado no le era posible alegar obstáculos internos para eximirse de dichas obligaciones internacionales.

En ese mismo año (24 de noviembre) se dictó sentencia dentro del caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala. En la cual se recalcó que el Estado tenía el deber propio de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y eventual sanción de todos los responsables, de modo que se examinen de forma completa y exhaustiva la multiplicidad de afectaciones ocasionadas. El no hacerlo de manera seria y utilizando todos los medios para ello, iría en detrimento del derecho a la verdad de las víctimas —de quienes ya la jurisprudencia ha reiterado que tienen el derecho de conocer todo lo sucedido. Se dijo también:

El Tribunal estima que en una sociedad democrática se debe conocer la verdad sobre los hechos de graves violaciones de derechos humanos. Esta es una justa expectativa que el Estado debe satisfacer, por un lado, mediante la obligación de investigar las violaciones de derecho y, por el otro, con la divulgación pública de los resultados de los procesos penales e investigativos. Esto exige del Estado la determinación procesal de los patrones de actuación conjunta y de todas las personas que de diversas formas participaron en dichas violaciones y sus correspondientes responsabilidades y reparar a las víctimas del caso. (CorteIDH, 2009)

De otro lado, se fue desarrollando la jurisprudencia atendiendo a las características especiales de los delitos que debían ser investigados. Por ejemplo, en sentencia del 16 de noviembre de 2009 dentro del Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México, se dijo que en casos de violaciones del derecho a la vida existía la obligación procesal —como también había sido contemplada por la Corte Europea de Derechos Humanos— de investigar. Y ello obligaba al Estado a iniciar una investigación de oficio cuando existiera cualquier indicio de que aquel derecho había sido violado, bien fuera por agentes estatales o por particulares. Se resaltó que el valor de aquella obligación adquiriría relevancia por tratarse de una población especial (mujeres), pues se encontraban reforzada por otros instrumentos internacionales (Convención Belém do Pará).

Con respecto al delito de desaparición forzada, se dijo en sentencia del 24 de febrero de 2011 dentro del Caso Gelman vs. Uruguay que, dada su especial relevancia por tratarse de un delito de lesa humanidad que había alcanzado desde hacía mucho tiempo carácter de *jus cogens* y que además se encontraba amparado por la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, debía ser investigado efectivamente, de oficio y sin dilaciones, de tal manera que llevara al conocimiento de una amplia verdad histórica. Se subrayó en dicha oportunidad que

la justicia, para ser tal, debe ser oportuna y lograr el efecto útil que se desea o se espera con su accionar y, particularmente tra-

tándose de un caso de graves violaciones de derechos humanos, debe primar un principio de efectividad en la investigación de los hechos y determinación y, en su caso, sanción de los responsables. (CorteIDH, 2011).

Finalmente, se hace alusión al derecho a la verdad conforme fue analizado en el caso de Gudiel Álvarez y otros (*diario militar*) vs. Guatemala (20 noviembre de 2012), que llama especial atención por tratarse de un conflicto armado no internacional. En esa oportunidad, la Corte IDH manifestó que en aquellos casos el esclarecimiento a la verdad adquiere importancia singular y que el mismo debe ser buscado a través de los procesos judiciales o de manera complementaria por las comisiones de verdad creadas en los procesos de paz y reconciliación. Para terminar, se recuerda además que la Corte sostuvo que la investigación de ciertas violaciones puede ser el medio para garantizar los derechos transgredidos y que por ello

toda persona que se considere víctima de violaciones a sus derechos tiene derecho de acceder a la justicia para conseguir que se cumpla, en su beneficio y en el del conjunto de la sociedad, ese deber del Estado (CorteIDH, 2019).

Como corolario de lo anterior, debe decirse que la jurisprudencia internacional ha sido suficientemente clara y sólida al explicar cómo se configura la responsabilidad del Estado de investigar. Por tanto, deberá procurarse por parte de las entidades estatales que dicho deber se cumpla cabalmente, pues de lo contrario, como ya se ha dicho, deberá responderse por tal omisión.o.

CONCLUSIONES

La reseña de jurisprudencia interamericana que se ha realizado da cuenta de su avanzada condición en lo que respecta a la protección de los derechos de las víctimas y las obligaciones de prevención, investigación y sanción a cargo de los Estados. Queda claro también que el actuar con debida diligencia y dentro de un plazo razonable ha sido una construcción jurídica

para propender por el resarcimiento de los derechos y evitar así impunidades que propicien la repetición crónica de violaciones.

No existen dudas de que se trata de un compromiso internacional el garantizar las justas expectativas de las víctimas de conocer la verdad y que tal vez es por esa razón que el proceso de justicia transicional en Colombia ha contado con el apoyo de un gran número de actores nacionales y extranjeros. Unos y otros han partido del evidente hecho de que es imprescindible ponerle fin a una guerra de más de medio siglo que ha aparejado un sinnúmero de sufrimientos para los habitantes del territorio patrio —especialmente aquellos de zonas más vulnerables.

No basta con el reconocimiento internacional de ser el país que un día pudo llegar a un acuerdo con los alzados en armas para dar por finiquitada dicho conflicto. Porque, a pesar de que ello es un gran avance, no se torna suficiente en el contexto actual debido a las vicisitudes que el propio proceso genera al interior de todas las instituciones del Estado.

Por ello, es insuficiente la creación de un marco normativo para poner en marcha los acuerdos logrados; así como tampoco lo sería destinar millonarias partidas presupuestales para poner en funcionamiento una jurisdicción encargada de valorar las conductas de quienes han protagonizado la guerra si no se valoran en una justa proporción los problemas actuales del sistema de justicia y, desde luego, se disponen políticas públicas para la prevención, investigación y sanción de graves crímenes internacionales. O, si no se apresta el aparato judicial hacia un verdadero juzgamiento de todos los involucrados en ello para permitir a las víctimas llegar a la verdad de lo sucedido, serán inocuas —por no decir inútiles— las estrategias administrativas y legales que se dispongan para la consecución de una paz estable y duradera.

Por lo pronto, se prevé como una opción válida que las entidades estatales diseñen modelos de acción que procuren superar la congestión en la que se ha visto inmersa la actividad judicial durante los últimos años. Que la Fiscalía General de la

Nación priorice los casos de graves violaciones a los derechos humanos. Que la jurisdicción ordinaria adelante procesos de juzgamiento serios sin que su característica de *imprescriptibilidad* haga el efecto contrario y los siga obligando a ocupar las últimas casillas de turnos por resolver. Pero sobre todo, que se trabaje conjuntamente con la JEP para que las versiones que allí se reciban implicando a más responsables puedan obtener pronta atención en la jurisdicción ordinaria y que en ningún caso haya que esperar otros quince años para contabilizar las compulsas de copias que allí se generen.

Referencias bibliográficas

Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. 2016. <http://www.altocomisionadopalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>.

BARBOSA, R., 2004, *Oración a los jóvenes*, San Paulo, Russel; citado por Figueredo, R., 2009, Caso Garibaldi vs. Brasil, voto razonado, párr. 23.

Comité General de Derechos Humanos [CCPR]. *Observación General número 32*. 2007. http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_justicia_instrumentos_internacionaels_recursos_Rec_Gral_23_UN.

Congreso de la República de Colombia. Acto Legislativo 01 de 2016 [A.L. 01, 2017 (07 de julio). “Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”.

Congreso de la República de Colombia. Acto Legislativo 01 de 2017 (04 de abril). “Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”.

- Congreso de la República de Colombia. Ley 1922 de 2018 (18 de julio). “Por medio de la cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz”.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 157 de 2019 (06 de junio). “Estatutaria de Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz”.
- Constitución Política de Colombia [Const]. 1991.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (14 de febrero de 2014. Radicación número: 25000-23-26-000-1996-12794-01(28857). [C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz].
- Consejo Superior de la Judicatura. *Indicadores de Gestión de la Rama Judicial*. 2017. <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1513685/14652023/Indicadores+Página.pdf/a8e0c049-6bc0-4e41-9635-9e65b297f652>.
- Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia C-674 de 2017* (14 de noviembre). [M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez].
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Sentencia de 29 de julio de 1988*. Caso Manfredo Velásquez Rodríguez vs. Honduras.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Sentencia de 20 de enero de 1989*. Caso Godínez Cruz vs. Honduras.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Sentencia de 29 de enero de 1997*. Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Sentencia de 05 de julio de 2004*. Caso 19 comerciantes vs. Colombia.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Sentencia de 15 de septiembre de 2005*. Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Sentencia de 31 de enero de 2006*. Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Sentencia de 23 de septiembre de 2009*. Caso Garibaldi vs. Brasil.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Caso Masacre de las dos Erres vs. Guatemala.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 24 febrero de 2011. Caso Gelman vs. Uruguay.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Caso Gudiel Álvarez y otros (“diario militar”) vs. Guatemala.
- Fiscalía General de la Nación. 2019. Comunicado de prensa. <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/fiscalia-concluye-estudio-sobre-terceros-civiles-vinculados-al-conflicto-armado/>.
- Jurisdicción Especial para la Paz. 2019. Comunicado de prensa 127. <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/657-terceros-civiles-han-solicitado-su-sometimiento-a-la-JEP.aspx>.
- Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas. 2019. Registro Único de Víctimas. Unidad. <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/registro-unico-de-victimas-ruv/37394>.
- Universidad de las Américas Puebla, UDLAP Jenkins Graduate School y Centro de Estudios sobre Impunidad y Justicia. Índice Global de Impunidad. 2017. https://www.udlap.mx/cesij/files/IGI-2017_esp.pdf?5825.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTOS DEL PODER CONSTITUYENTE: LA EXPERIENCIA EN EL DERECHO COLOMBIANO¹

MARÍA ALEJANDRA BENÍTEZ HURTADO²

Resumen

El presente trabajo pretende abordar los fundamentos jurídicos de la responsabilidad del Estado colombiano por actos del poder constituyente en Colombia que causan daños antijurídicos. Emanan del desequilibrio de las cargas públicas de los administrados a partir del análisis histórico del proceso constituyente en nuestro país, del establecimiento de los límites constitucionales y la reforma de la Constitución Política de 1991 e instrumentos internacionales que versan sobre Derechos Humanos.

Palabras claves:

Responsabilidad patrimonial del Estado, Actos del Poder Constituyente, Límites al poder constituyente, Confianza Legítima, Daño Especial, Reparación Directa.

Introducción

La responsabilidad del Estado por actuaciones del poder constituyente es una de las cuestiones que genera debates entre los profesionales del derecho público por las dos posiciones antagónicas que enmarcan las discusiones: la primera predica que ante reformas constitucionales o sustitución de

1 El presente trabajo se inscribe dentro del proyecto de investigación denominado *Responsabilidad patrimonial del Estado colombiano por actos del poder constituyente* desarrollado en la Dirección de Investigación e Innovación de la Fundación Universitaria Antonio de Arévalo - UNITECAR

2 Abogada de la Universidad de Cartagena. Maestrante en Derecho Administrativo de la Universidad Libre Seccional Barranquilla. Docente y Coordinadora de Investigaciones de la Facultad de Ciencias Sociales - Fundación Universitaria Antonio de Arévalo, UNITECNAR. Email: maria.benitez@unitecnar.edu.co

la Constitución no es posible predicar la responsabilidad del Estado, porque estos actos que mantienen una reclamación directa de un administrado carecen de control en sede de lo contencioso administrativo; la segunda postura propugna por aseverar que los actos del Poder Constituyente sí pueden generar daños, ya sea por desequilibrio de las cargas públicas o por falla en el servicio, y que a la jurisdicción de lo contencioso administrativo no le atañe revisar el ajuste normativo de las actuaciones del Poder Constituyente a lo normado en la Constitución, sino determinar que, con ocasión a la actividad constituyente, hubo daño antijurídico y surge el deber de reparar.

Para el caso colombiano, en la década de los años noventa nuestro ordenamiento jurídico sufrió un cambio constitucional gracias a una Asamblea Nacional Constituyente que objetivamente vulneró el texto constitucional del año 1886, porque este mecanismo no se encontraba consagrado en su capítulo de reforma:

Artículo 209. Esta Constitución podrá ser reformada por un acto legislativo, discutido primeramente y aprobado en tres debates por el Congreso en la forma ordinaria, transmitido por el gobierno para su examen definitivo a la Legislatura subsiguiente, por ésta nuevamente debatido y últimamente aprobado por dos tercios de los votos en ambas cámaras³.

La anterior circunstancia jurídica y política fue declarada constitucional por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, dándole preeminencia a las fuentes materiales del Derecho tales como las circunstancias o realidades sociales y políticas que obligan a la actualización de las normas. Vale precisar que el narcotráfico había invadido todas las esferas institucionales, lo cual significó una desconfianza hacia el mismo Estado por parte de la ciudadanía. Se manifestó la Sala Constitucional con la siguiente argumentación:

3 Constitución Política de la República de Colombia, 1886. Disponible en: <http://americo.usal.es/oir/legislatina/normasyreglamentos/constituciones/colombial1886.pdf>

Es necesario desbordar los cuadros de la pura estimativa jurídica para situarnos en el plano de la realidad social. La justicia ya no es presentada, como en la mitología clásica, con los ojos vendados, sino con los ojos bien abiertos, los cien ojos de Argos para escudriñar las reconditeces de la realidad social. El juez constitucional ha sido llamado juez estadista, porque al ejercer el control normativo realiza juicios de valoración política en el sentido más noble y augusto del concepto, en el sentido aristotélico. Nuestra Constitución precisamente se llama Constitución Política de Colombia, y quien ejerce funcionalmente su guarda es forzoso que emita juicios de contenido político, repito, en el buen sentido del vocablo.⁴

Esta decisión permitió la actividad de la Asamblea Constituyente, y éste órgano transitorio, con miras a la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991, suspendió los períodos electorales de cuatro años a los congresistas. Dicha situación suscitó las demandas de Feisal Mustafá Barbosa (senador de la República), Arturo López Urresta y Jenaro Pérez Gutiérrez (representantes a la Cámara), quienes a través de la reparación directa pretendieron la declaratoria de Responsabilidad del Estado por las actuaciones de la Asamblea Constituyente que conllevaron a la suspensión del período de cuatro años, ya que el dicho período había comenzado el día 20 de julio de 1990 y la fecha fin del mismo debía ser el 19 de julio de 1994.

En aquella ocasión, el Consejo de Estado negó las pretensiones por considerar que

... la refundación del Estado al sustituir la Constitución a través de Asamblea Constituyente cuando actúa como órgano originado en el llamado Constituyente primario, de suyo soberano, no tiene ningún control jurisdiccional al tratarse del ejercicio libre de un poder mediante actos de carácter eminentemente político, y por ello las entidades que conforman la rama judicial, esto es, ni los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, ni el Consejo de

4 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia número 59. Expediente No 2149 (334-E). Disponible en: [http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/Gj/Gaceta%20Especial%20Sala%20Constitucional/Gj%201%20\(1991\).pdf](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/Gj/Gaceta%20Especial%20Sala%20Constitucional/Gj%201%20(1991).pdf)

Estado, como órganos constituidos, tienen competencia para enjuiciar sus actos o conductas, por lo que no hay lugar a emitir en su contra juicio de responsabilidad alguno. (Ruiz, 2015, p. XX).

Sin embargo, el salvamento de voto al fallo adverso a las pretensiones del ex senador Feisal Mustafá Barbosa claramente señala que en sede de lo contencioso administrativo no se deben discutir las decisiones y actuaciones de la Asamblea Constituyente que dieron por terminado el período de los congresistas elegidos en 1990, sino que con ocasión a dicha actividad se causaron perjuicios de orden económico a los Senadores y Representantes a la Cámara, cuyas funciones fueron concluidas por anticipado, por lo tanto surgió el deber de reparar el daño⁵.

Cabe anotar que nuestro país vivió en los últimos años los diálogos de paz entre el Gobierno y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia y, aunque no se pactó el cambio de Constitución porque debe mantenerse incólume la parte dogmática del texto constitucional, sí se hace necesario (y aún nos encontramos en deuda con la ciudadanía) realizar reformas constitucionales sobre el ejercicio del poder político.

A lo antecedente se le adiciona la necesaria actualización de las normas constitucionales ante las nuevas realidades sociales. En caso de presentarse un proceso constituyente, consideramos que sus actuaciones, aunque sean en el marco de las normas, pueden ocasionar daños antijurídicos y surge la necesidad de demandar la reparación de dicho daño, acompañada de la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado por actos del Poder Constituyente, aunque la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido vacilante y apática a reconocer lo plausible, quizás por la aparente ausencia de norma aplicable.

Por ello, surge como problema de investigación: ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para determinar la responsabilidad del Estado colombiano por actos del poder constituyente?

5 Colombia. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Radicación número S-470 de fecha 13 de diciembre de 1995.

Así, se analizará desde la doctrina y las normas vigentes los lineamientos para responsabilizar patrimonialmente al Estado por los daños ocasionados en el ejercicio de la facultad reformadora o sustitutiva de la Constitución; para ello responderemos las siguientes preguntas: ¿Existen límites al poder de reforma en Colombia? ¿Cuáles serían las normas que sustentan el juicio de responsabilidad estatal por actuaciones del poder constituyente en nuestro país? ¿Cuál es el medio idóneo para pedir la declaratoria de responsabilidad del Estado por actos del Poder Constituyente y los posibles juicios de imputación?

El tema adquiere una importancia en el campo del derecho público de cara a las transformaciones que experimenta la sociedad en el devenir histórico, como por ejemplo los cambios constitucionales, los cuales implican causación de daños que deben ser reparados por el Estado. Además, en el contexto internacional y regional de protección de derechos humanos, la aplicación de los instrumentos de protección de éstos ha llevado a la declaratoria de responsabilidad internacional de los Estados por desconocimiento de derechos humanos y causación de daños por leyes y reformas constitucionales.

Metodología

La presente investigación es jurídica, fundamentada en el paradigma cualitativo que tiene como punto de partida las normas en el ordenamiento jurídico colombiano; es de carácter bibliográfica, exploratoria y descriptiva respecto al contenido del objetivo trazado líneas atrás.

El corpus documental empleo fuentes secundarios debido a que se analizaron las Constituciones Políticas, las leyes aplicables, el desarrollo jurisprudencial y doctrinal de la responsabilidad patrimonial del Estado por actuaciones del poder constituyente de cara a los ciudadanos con expectativas legítimas y derechos adquiridos.

Resultados

1. De los límites al poder de reforma constitucional a través de los delegatarios del pueblo

A nivel doctrinal se ha debatido sobre si el poder de reforma puede ser limitado o no. El investigador Edwin Alonso (2012) sintetiza la discusión:

Hauriou consideraba que la labor del poder constituyente originario se desarrolla sin 'condiciones', que se despliega en un terreno totalmente virgen. Otros, como Bidart Campos, señalan algunas limitaciones mínimas, tales como los límites suprapositivos del valor justicia, los pactos preexistentes y la propia realidad social. (p. 43)

La Constitución Política de Colombia contempla en su título XIII los mecanismos de reforma constitucional. Indica en el artículo 374 que la Constitución podrá ser reformada por el Congreso de la República a través de Acto Legislativo, por Asamblea Constituyente o Referendo. En los siguientes artículos regula los requisitos para la presentación del proyecto de Acto Legislativo, Asamblea Constituyente y del Referendo reformatorio constitucional. De lo anterior se colige que en nuestro país el proceso para reformar la Constitución es estricto y rígido, pues debe someterse a los términos que la misma Constitución impone. Asimismo, la Corte Constitucional ha manifestado en innumerables fallos que el poder de reforma no es ilimitado ni arbitrario, so pena de desnaturalizar el Estado Social de Derecho.

A modo de ilustración, la Corte Constitucional en Sentencia C-141 de 2010 con ponencia del Magistrado Dr. Humberto Sierra Porto aplica el juicio de sustitución de la Constitución y encuentra que la Ley 1354 de 2009 por medio de la cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma

constitucional, sustituye abiertamente los ejes fundamentales de nuestra Constitución Política, haciendo énfasis en el punto de la segunda reelección presidencial.

Explicó en su momento el Alto Tribunal:

A causa de la autorización de la reelección por una sola vez, Colombia aparece ubicada en el límite máximo de permanencia de una misma persona en el cargo de Presidente, pues, según la experiencia de países con sistemas presidenciales estrictos, la doctrina y la propia historia institucional demuestran que ocho años de mandato presidencial constituyen un límite más allá del cual existen serios riesgos de pervisión del régimen y de la estructura definida por el Constituyente, además, el reforzamiento de los poderes nominadores del Presidente de la República y su efecto en el sistema de frenos y contrapesos, por su participación en la conformación de otras ramas del poder público y de órganos de control, nombrando miembros e interviniendo en la integración de distintos órganos constitucionales mediante la proposición de candidatos para su elección, por lo que las potestades nominadoras originalmente plasmadas en la Constitución de 1991 resultaron modificadas en virtud del Acto Legislativo 02 de 2004, pero una segunda reelección inmediata las reforzaría desde la perspectiva del diseño original de la Constitución de 1991. Así, la eventual prolongación del mandato presidencial hasta doce años supondría la ruptura del equilibrio entre la figura del Primer Mandatario investido de relevantes poderes por el sistema de gobierno presidencial, cuyas atribuciones de nominación resultan reforzadas y cuyo período coincide con los de los funcionarios de los distintos organismos de control y judiciales que designó o fueron elegidos de temas por él propuestas, frente al papel que cumplirían estos organismos de control encargados de asegurar el sistema de frenos y contrapesos respecto del poder presidencial⁶.

Como corolario, aunque en Colombia se recite desde distintos frentes que no existen cláusulas pétreas, hay

6 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-141 de 2010. Magistrado Sustanciador: Dr. Humberto Sierra Porto. Referencia: expediente CRF-003.

ciertos artículos contentivos de principios constitucionales que son inmodificables, como por ejemplo, el Estado Social de Derecho, pues contemplan derechos fundamentales que tienen en su esencia la dignidad humana y el núcleo de los derechos fundamentales contenido tanto en la Constitución Política como en el desarrollo jurisprudencial interpretativo de la Corte Constitucional, que coincide con lo estipulado a nivel internacional en los instrumentos esenciales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Cambiarlos sería sustituir la Constitución y desconocer nuestros derechos inherentes por nuestra condición humana e ir en contravía de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Por lo expresado anteriormente, desde la propia Constitución y la jurisprudencia se infiere que el poder de reforma constitucional en nuestro país es limitado.

2. Fundamentos constitucionales y legales del juicio de responsabilidad estatal por actos del poder constituyente: aparición de la confianza legítima como título de imputación

El Consejo de Estado, luego de los casos de los ex congresistas Feisal Mustafá Barbosa, Arturo López Urresta y Jenaro Pérez Gutiérrez, no ha proferido sentencias en donde ofrezca pinceladas teóricas y jurídicas sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por actos del poder de reforma.

Los anteriores legisladores, en distintos tiempos, interpusieron acción de reparación directa por los daños y perjuicios ocasionados por la suspensión del período constitucional para ejercer como senador y representantes a la cámara respectivamente, curules obtenidas por voto popular y que, en virtud de la actividad de la Asamblea Constituyente, que persiguió el establecimiento de una nueva constitución política, se convocará a nuevas elecciones para integrar el congreso bicameral.

Sin embargo, en el caso hipotético de que un ciudadano considere que por la actividad del poder constituyente se le ha infligido un daño antijurídico, el Consejo de Estado, basado en el artículo 90 Superior, puede valerse de la argumentación jurídica de la responsabilidad del Estado por hechos del legislador.

Las investigadoras Shirley Agudelo y Michelle Calderón puntualizan que

mediante Sentencia No. 16421, estudió la responsabilidad extracontractual del Estado por la expedición de normas sobre las que no se discute su 'legalidad'. Se refirió así, a la responsabilidad del Estado Regulador tanto en su nivel constitucional, como en los órdenes legislativo y administrativo cuando, a pesar de su licitud o legitimidad, las normas causen un daño antijurídico. Resaltó que la responsabilidad estatal que se predica en estas circunstancias coincide con el régimen de responsabilidad aplicable al daño especial. Al estudiar la responsabilidad en su nivel constitucional, adujo que no podía el Consejo de Estado controlar actos del poder constituyente, por ser actos políticos que representan las decisiones del poder soberano.

En cuanto a la responsabilidad por el hecho del legislador, señaló que siendo este un poder constituido y reglado, “no es válido predicar su irresponsabilidad aduciendo el carácter político de sus actos”. (Agudelo & Calderón, 2016, p. 8). Se ubica de relieve que es posible valerse de los anteriores argumentos para declarar responsable patrimonialmente al Estado por actuaciones del constituyente, ya que no es un poder absoluto que sea carta abierta para la vulneración de derechos fundamentales.

Por ello, si en Colombia acontece una reforma constitucional con el cumplimiento de los mandatos establecidos por la propia Constitución y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y dicha reforma causa daño antijurídico al quebrantar el equilibrio de las cargas públicas, es probable la procedencia de la declaratoria de responsabilidad estatal por daño especial,

y su fundamentación constitucional reposa en el artículo 90 Superior, y en los principios constitucionales de solidaridad e igualdad. (Agudelo & Calderón, 2016, p. 105).

De igual modo, en virtud de lo normado en el artículo 93 Superior, los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los Derechos Humanos, tienen prevalencia en el ordenamiento jurídico interno; además de la suscripción por parte del Estado colombiano de la Convención Americana de Derechos Humanos también existe el deber de aplicación de su articulado y la interpretación que de la misma efectúa la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No puede ser arbitraria la actuación del Estado al proferir normas, o en el tema que nos ocupa, al realizar reformas gracias a la investidura del poder constituyente. Ahora bien, el Consejo de Estado no sólo se ha valido del artículo 90 y los principios antes mencionados tratándose de responsabilidad del Estado por hechos del legislador, sino que ha recurrido a otros principios como la equidad o la confianza legítima.

La Corte Constitucional ha definido la confianza legítima en los siguientes términos:

consiste en que el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en cual pueda confiar. Para Müller, este vocablo significa, en términos muy generales, ciertas expectativas que son suscitadas por un sujeto de derecho en razón de un determinado comportamiento en relación con otro, o ante la comunidad jurídica en su conjunto, y que producen determinados efectos jurídicos; y si se trata de autoridades públicas, consiste en la obligación para las mismas de preservar un comportamiento consecuente, no contradictorio frente a los particulares, surgido en un acto o acciones anteriores, incluso ilegales, salvo interés público imperioso contrario. Se trata, por tanto, de que el particular debe ser protegido frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas.⁷

7 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-131 de 2004. Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Referencia: expediente D-4599.

En Sentencia del 24 de abril del año 2013 el Consejo de Estado en materia de responsabilidad del Estado por hechos del legislador adicionó a su argumentación jurídica la confianza legítima porque

la ley exequible puede también quebrantar la confianza legítima y por consiguiente ser patrimonialmente responsable. De manera que la ley exequible no solo puede romper la igualdad ante las cargas públicas, sino también defraudar la confianza legítima, supuestos bajo los cuales puede declararse la responsabilidad del Legislador.⁸

En efecto, no es necesario el pronunciamiento de la Corte Constitucional declarando inexecutable la ley o el artículo de la ley, y en caso de declararse inexecutable, el título de imputación cambia, tema que será analizado en el siguiente acápite.

La confianza legítima persigue la salvaguarda de expectativas legítimas y estados de confianza que no se establecen como derechos adquiridos porque no se han incorporado a los haberes de los sujetos jurídicos. Ella aterriza en la ampliación del espectro de responsabilidad estatal que dirige su óptica a situaciones objetivas y futuras que ameritan su protección. Un ejemplo de la defraudación de la confianza legítima es la pérdida de la oportunidad y el lucro cesante. En ese sentido, el doctrinante Gabriel Valbuena (2008) asevera que:

Si bien estas últimas (expectativas legítimas) no forman parte del patrimonio del administrado, su defraudación puede acarrear daños ciertos al fracasar la oportunidad de los administrados de llegar a convertirse en titulares de derechos adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas. A la luz de estos comentarios, los actos de defraudación de la confianza legítima pueden ser considerados como verdaderos actos de ablación o de despojo al ocasionar daños y perjuicios que son mensurables económica-

8 Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia del 24 de abril de 2013. Consejera Ponente: Dra. Olga Mérida Valle de la Hoz, Exp: 28.221.

mente, en cuanto frustran la concreción de unos derechos ciertos y previsible cuya incorporación al patrimonio del administrado era prácticamente inexorable. Valbuena (2008).

La jurisprudencia del Consejo de Estado no ha sido pacífica en la ubicación de la confianza legítima en algún régimen de responsabilidad, oscilando entre el establecimiento de la responsabilidad subjetiva por fallas en el servicio y la responsabilidad objetiva por daño especial.

No obstante, la investigación elaborada aquí obtuvo como resultado que el régimen de responsabilidad objetiva debe ser el aplicable para solucionar conflictos en los que se conforma la defraudación de la confianza legítima por cuanto no se persigue el castigo al Estado sino a la reparación efectiva y proteger a la víctima, ni tampoco se busca demostrar falla en el servicio sino la causación efectiva del daño.

La doctrina ha aseverado sobre la importancia entre la ley expedida por el Congreso y el daño causado:

De manera que puede pensarse en una hipótesis en donde el Legislador expida una ley que genere un daño a un número plural de personas, las suficientes para considerar que el presupuesto de la especialidad del daño no se cumple. Esta situación es completamente viable, y sería un evento en el que, al perderse un requisito sine qua non para el daño especial como título de imputación, no podría hablarse de éste como adecuado para abordar este escenario. (Cifuentes, 2016, p. 81).

Si se trasladan los razonamientos antecedentes al tema objeto del presente trabajo, es prudente aseverar el vínculo inevitable y necesario entre el principio de confianza legítima y el poder político, pues, como ciudadanos, a través de mecanismos de participación investimos de poder a los órganos derivados para llevar a cabo reformas constitucionales de ser necesario, y dicha actividad debe ser realizada respetando la confianza depositada por parte del pueblo a dichos órganos, así sean de carácter transitorio como la Asamblea Constituyente.

De lo contrario, se desconocería a la Constitución misma, y a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

3. Responsabilidad objetiva y subjetiva por reformas constitucionales exequibles o inexecutable en colombia

En líneas antecedentes ha quedado claro que existe suficiente argumentación para exigir, por vía de reparación directa, la declaratoria de responsabilidad del Estado por actos del poder constituyente cuando se genera un daño antijurídico con ocasión a la actividad constituyente, y en el mencionado supuesto, el título de imputación daño especial, pues se evidencia el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas, y el o los ciudadanos afectados no estaban en el deber jurídico de soportar dicha lesión, fundamentado en el artículo 90 de la Constitución Política. Es procedente igualmente la reparación directa bajo el título de imputación de daño especial cuando el acto constituyente demandado aprobó el examen de constitucionalidad que necesariamente efectúa la Corte Constitucional.

Sin embargo, cuando el acto de reforma constitucional es declarado inexecutable, el título de imputación cambia porque implícitamente hace presencia el elemento culpa, por lo tanto, debemos valernos de la falla de servicio. Si el acto de reforma constitucional no aprueba el examen de la Honorable Corte Constitucional es porque hubo violación a los procedimientos contemplados en la propia Constitución, sobrepasando sus límites competenciales, por lo tanto, surge el deber de reparar el daño antijurídico, en este caso, por la inconstitucionalidad del acto de reforma.

La doctrina enfatiza en recordar que la jurisprudencia del Consejo de Estado en reiteradas ocasiones ha expuesto que, al tratar la falla del servicio por el hecho del legislador,

señaló que no hay lugar a distinguir entre la inexecutableidad por vicios de fondo o de procedimiento, advierte así que en cualquiera de los dos eventos el legislador no cumplió con su deber al vulnerar el ordenamiento supra legal y desconocer principios o preceptos de carácter constitucional. En efecto, sí una reforma constitucional es declarada inexecutable por vicios formales o por sustituir la Constitución y de ella se deriva un daño antijurídico, la responsabilidad patrimonial es atribuible al poder de reforma en representación del Estado.

Cuando la autoridad pública vulnera o desconoce una obligación que la Constitución le impone, incurre en una falla del servicio; al expedirse una norma de reforma constitucional que resulta inexecutable, es evidente su falta de sometimiento a la Constitución. La violación de tal deber constituye, entonces, “el juicio sobre el cual se estructura la imputación de responsabilidad por falla del servicio de la autoridad pública a quien se le ha confiado el poder de reformar la Constitución Política”. (Agudelo, & Calderón, 2016, p. 108).

En este caso es importante señalar que en la demanda no basta la declaratoria de inexecutableidad del acto constituyente por parte de la Corte Constitucional, sino que debe acreditarse el daño antijurídico que obliga a reparar y el nexo causal entre la norma declarada inconstitucional y el daño.

4. Medio de control y acciones subsidiarias para exigir la reparación al daño antijurídico por actos del poder constituyente

Ante el rompimiento de las cargas públicas y la generación de un daño antijurídico por actuación del poder constituyente, bien sea originario o derivado, el medio de control para pretender el establecimiento de responsabilidad patrimonial del Estado e indemnización para ello es la Reparación Directa,

contemplada en el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011 o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, así:

En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.

Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.

En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño⁹.

Se erige la Reparación directa como el medio de control idóneo para exigir la declaratoria de Responsabilidad del Estado por la actividad constituyente, puesto que los actos del poder de reforma son el resultado de una actividad propia del Estado y tienen como particularidades la impersonalidad y la generalidad (gozan de efecto *erga omnes*) y por tanto, de acuerdo a lo ya considerado en el primer acápite de la presente investigación, dichas actuaciones están sometidos a revisión por parte de la Corte Constitucional.

9 Congreso de la República. Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html

Antes de las escasas discusiones teóricas sobre la Responsabilidad del Estado por actos del constituyente, se analizó desde la doctrina y la jurisprudencia la procedencia de la Reparación directa ante daños antijurídicos ocasionados por la actividad legislativa y no de otros medios de control, tales como la Nulidad y el Restablecimiento del Derecho; el profesor Wilson Ruiz en su vasto tratado sobre Responsabilidad del Estado, al traer a colación jurisprudencia del máximo órgano de lo contencioso administrativo, apunta:

Ahora bien, en cuanto la responsabilidad originada no por normas sino por actos administrativos, tal y como lo dispuso el Código Contencioso Administrativo y el nuevo estatuto contenido en la Ley 1437 de 2011, es la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho el mecanismo para atacar la legalidad de los actos administrativos que causen daños a las personas, no siendo del caso la ventilación de dichas controversias a partir de la reparación directa. (Ruiz, 2016, p. 219).

Es así como en sentencia del 2007, el Consejo de Estado precisó que, si el particular cuestiona la legalidad del acto administrativo, no es factible hacerlo por vía de acción de reparación directa pues, conforme a la línea jurisprudencial, sólo es procedente conocer en sede de esta acción bajo el régimen de responsabilidad por daño especial de demandas contra actos administrativos cuya legalidad no se discute. (Ruiz, 2016, p. 219).

De cara a un daño antijurídico producto de un desequilibrio de las cargas públicas en el ejercicio del poder constituyente, es procedente demandar la reparación del mismo a través del medio de control estatuido en el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011 bajo el título de imputación de daño especial. Si el acto de reforma producto de la actividad del constituyente es declarado inexecutable por la Honorable Corte Constitucional, es adecuada la Reparación directa bajo el título de imputación falla en el servicio.

Adicional a ello, en el desarrollo jurisprudencial y doctrinal, en el supuesto caso de que en Colombia se apruebe una Asamblea

Nacional Constituyente y en los actos que este cuerpo colegiado temporal realice, se suprimen los períodos de congresistas, los afectados pueden fundamentar su demanda en la defraudación de la confianza legítima, su elección popular —manifestación de la voluntad del pueblo, el constituyente primario— favorece el surgimiento de la confianza en los congresistas al ejercer el cargo por el período elegido, estando ante una realidad objetiva, cierta y creíble.

La reforma de la Constitución, en el caso planteado, generó una defraudación de la confianza legítima de los congresistas, ya que fue de forma intempestiva, irrespetando los tiempos que previamente se habían establecido en cumplimiento del ordenamiento jurídico —en las normas estaría contemplado, antes de la reforma constitucional, el período para cargos de elección popular—. Una probable solución salomónica, en el marco constitucional vigente, para el respeto de las prerrogativas de los congresistas como derecho adquirido se hubiera erigido en la adopción de un régimen de transición que respetase mínimamente el período lectivo de los legisladores.

Dentro del catálogo de daños que el actor puede solicitar en la demanda de reparación directa por actuaciones del poder constituyente se encuentran el daño emergente, lucro cesante, daño moral y daño a la salud. La demanda puede prosperar o puede ser adversa a las pretensiones de la misma, por lo cual es procedente la apelación para que el *ad quem* revise lo decidido por el *a quo*. Ahora bien, surge la pregunta: ante fallo adverso en segunda instancia, por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ¿de qué otras vías jurídicas dispone el demandante para hacer valer sus derechos y pedir la reparación del daño?

La acción de tutela se convierte en la vía para pedir el restablecimiento de los derechos fundamentales, tales como el debido proceso y el acceso a la justicia, la dignidad humana, hasta el mismo Estado Social de Derecho, no sin antes recordar y puntualizar (ante la aciaga práctica de algunos colegas de sugerir la acción de tutela como medio principal para la reso-

lución de controversias y reconocimiento de derechos, no sin antes agotar las acciones legales preeminentes para ello) que la acción de tutela es de carácter residual y subsidiaria, pues deben agotarse todas las acciones defensivas. En dicha acción, deben señalarse los defectos que detenta el fallo que se impugna.

En suma, se puede predicar la responsabilidad internacional del Estado Colombiano por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la recepción de su jurisdicción y suscripción de sus tratados que versan sobre Derechos Humanos, la cual exige a los Estados firmantes de los tratados y protocolos adicionales que sus normas internas no pueden chocar con lo ya estatuido en Sede Convencional.

En la investigación se encontró un fallo significativo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que resalta la posición del Sistema Americano respecto a la responsabilidad de los actos del poder constituyente: Caso Barrios Altos Vs. Perú, sentencia de fecha 14 de marzo de 2001, en la cual se declaró responsable internacionalmente al Estado de Perú por unas actuaciones acaecidas en el gobierno del ahora condenado Alberto Fujimori; hacia los años 80, el surgimiento del grupo sedicioso *sendero luminoso* generó un conflicto armado donde muchos peruanos perdieron la vida, como respuesta, el gobierno Fujimori instauró un escuadrón de eliminación denominado Grupo Colina, en el cual concurren miembros de las Fuerzas Militares del Estado. Se probó que este grupo armado paraestatal cometió en su actuar graves violaciones a los Derechos Humanos (ejecuciones extrajudiciales, mayoritariamente), siendo una de las más sangrientas la infligida en contra de la población habitante del vecindario Barrios Altos, de la ciudad capital, bajo la premisa de desaparecer a cualquier ciudadano que se le acusase de ser militantes de Sendero Luminoso.

Como corolario de los acontecimientos en el cual se vulneraron los Derechos Humanos, el Senado de este país inició las respectivas investigaciones, sin embargo, el presidente Fujimori disolvió el Senado y estableció un *Congreso Constituyente*

Democrático que expidió leyes de amnistía (Ley No. 26479 y Ley 26492) aplicable para militares, miembros de la policía y civiles partícipes de actos vulneradores de Derechos Humanos entre los años 1980 y 1985, ignorando el horror de las masacres, aunque para la ciudadanía era un secreto *a sotto voce*.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, basado en la cláusula Martens como fuente del Derecho Internacional, determinó la responsabilidad internacional del Estado Peruano por actuaciones del poder constituyente bajo la siguiente argumentación:

No hay que olvidarse jamás que el Estado fue originalmente concebido para la realización del bien común. El Estado existe para el ser humano, y no viceversa.

Ningún Estado puede considerarse por encima del Derecho, cuyas normas tienen por destinatarios últimos los seres humanos. Los desarrollos contemporáneos *pari passu* del derecho de la responsabilidad internacional del Estado y del derecho penal internacional apuntan efectivamente en la dirección de la preeminencia del Derecho, tanto en las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, como en las relaciones interindividuales (*Drittwirkung*). Hay que decirlo y repetirlo con firmeza cuantas veces sea necesario: en el dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las llamadas “leyes” de autoamnistía no son verdaderamente leyes: no son nada más que una aberración, una afrenta inadmisibles a la conciencia jurídica de la humanidad¹⁰.

Se ha insistido desde la doctrina y la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que como consecuencia de la recepción del Pacto de San José de Costa Rica, principal instrumento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos por parte del Estado Colombiano, existe el deber de aplicar el control de convencionalidad en casos concretos; el

10 Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf

profesor Wilson Ruiz, al citar un aparte de la Sentencia del 26 de septiembre de 2006 atinente al Caso Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile, nos pormenoriza:

El Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también el alcance interpretativo que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (Ruiz, 2015, p. 229)

Se insiste a los Estados en la necesidad del respeto, por parte de la comunidad internacional, de las normas que protegen el núcleo esencial de los Derechos Humanos, y evitar expedir leyes o reformar constituciones con desconocimiento del mismo, so pena de orden de armonización de sus normas a la Convención Americana o Pacto de San José de Costa Rica.

CONCLUSIONES

1. El poder de reforma en Colombia tiene límites, entre los cuales se encuentra la propia Constitución Política, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por nuestro Estado.
2. La fundamentación normativa de la responsabilidad del Estado por hechos del poder constituyente parte principalmente del artículo 90 de la Constitución Política, los principios constitucionales de solidaridad e igualdad y los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por el Estado colombiano.
3. Los títulos de imputación procedentes en materia de responsabilidad del Estado por actuaciones del poder constituyente son: daño especial (responsabilidad obje-

tiva) cuando la actuación es conforme a la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Colombia y la Corte Constitucional encuentra dichos actos exequibles, muy a pesar de ocasionar un daño antijurídico; falla en el servicio cuando el constituyente desborda sus límites competenciales, desconoce la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia y la Corte Constitucional declara dicho acto de reforma inexecutable; igualmente, el Consejo de Estado en materia de responsabilidad estatal por hechos del legislador que ha incorporado como título de imputación el quebrantamiento de la confianza legítima, la cual tiene cabida cuando surja el deber de reparar daños antijurídicos por actos del poder constituyente.

4. El medio de control para exigir la declaratoria de responsabilidad del Estado por actos del poder constituyente es el de Reparación directa, regulado en el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, bien sea por daño especial (cuando estamos frente al desequilibrio de las cargas públicas), por falla en el servicio (cuando el acto de reforma sea declarado inexecutable por la Corte Constitucional), y el fundamento de dicha acción es la defraudación de la confianza legítima, la cual deberá ser cierta y plausible. Si en sede judicial, en primera o segunda instancia, el fallo es adverso a las pretensiones de la demanda, el perjudicado puede acudir a la acción de tutela o ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
5. Se hace necesaria la profundización del estudio de la temática desde las universidades como epicentro de la creación de la doctrina jurídica, con miras a servir de sustento a la jurisprudencia del Consejo de Estado cuando en ella se resuelvan demandas por causación de daños antijurídicos ocasionados por actuaciones del

poder constituyente en Colombia.

Referencias bibliográficas

- AGUDELO, S. J. & CALDERÓN, M. A. (2016). *Responsabilidad patrimonial del Estado colombiano por actos de reforma constitucional*. Revista Justicia, ISSN: 0124-7441, número 29, páginas 99 - 118. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.17081/just.21.29.1236>
- ALONSO, E. (2012). *El poder constituyente como apéndice de la responsabilidad patrimonial del Estado. Implicaciones en la configuración de la noción de modelo constitucional a la luz de la Constitución Política de 1991*. Revista Derecho y Realidad, ISSN: 1692-3936, 25-54. Disponible en: https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/view/4872
- BERNAL, L. (2016). *Responsabilidad por el hecho del constituyente, entre el daño antijurídico, los derechos Fundamentales, y la irresponsabilidad actual*. Tesis para optar al título de Magíster en Derecho Constitucional. Universidad Nacional de Colombia. Rescatado de: <http://bdigital.unal.edu.co/52448/1/lizardobernalrico.2016.pdf>
- BOLETÍN OFICIAL DE ESPAÑA (B.O.E.) número 363 de 29 de diciembre de 1950. Disponible en: <http://www.ceice.gva.es/documents/161634402/163727879/1950.+Ley+de+16+diciembre+1950+R%C3%A9gimen+Local.pdf/d39098c7-9d5e-4685-879a-c2c5f564dc7d>
- CIFUENTES, R. (2016). *La responsabilidad del Estado legislador: de la irresponsabilidad hasta un nuevo título de imputación*. Revista Universitas Estudiantes, ISSN: 1794-5216, número 14, páginas 73-92. Disponible en: <https://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/7912168/5-LA+RESPONSABILIDAD.pdf/514a6d49-9a27-4efe-a918-c7852b3fb71d>
- CONSEJO DE ESTADO, COLOMBIA. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Radicación número S – 470 de fecha 13 de diciembre de 1995.
- CONSEJO DE ESTADO, COLOMBIA. Sección Tercera, *Sentencia del 24*

- de abril de 2013. Consejera Ponente: Dra. Olga Mélida Valle de la Hoz, Exp: 28.221.
- CORTE CONSTITUCIONAL, COLOMBIA. *Sentencia C- 131 de 2004*. Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Referencia: expediente D-4599.
- CORTE CONSTITUCIONAL, COLOMBIA. *Sentencia C-141 de 2010*. Magistrado Sustanciador: Dr. Humberto Sierra Porto. Referencia: expediente CRF-003.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, COLOMBIA. Sala Constitucional. *Sentencia número 59*. Expediente No 2149 (334-E). Disponible en: [http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Especial%20Sala%20Constitucional/GJ%20I%20\(1991\).pdf](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Especial%20Sala%20Constitucional/GJ%20I%20(1991).pdf)
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, 1886. Disponible en: <http://americo.usal.es/oir/legislatina/normasyreglamentos/constituciones/colombia1886.pdf>
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html
- COSTA RICA, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Barrios Altos Vs. Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001*. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf
- FALCÓN, R. (1982). *Ley tributaria sustantiva en la jurisprudencia constitucional*. Revista Española de Derecho Constitucional, ISSN: 0211-5743, número 2, páginas 181 – 227. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/249989.pdf>
- FERNÁNDEZ, T. (1988). *La responsabilidad patrimonial de la administración y tendencias actuales*. Editorial Abelardo Perrot.
- RUIZ, W. (2015). *Responsabilidad del Estado Social de Derecho por los actos del poder constituyente*. Primera Edición. ISBN: 978-958-771-255-1. Ecoe Ediciones.
- RUIZ, W. (2016). *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*. Tercera Edición. ISBN: 978-958-771-307-7. Ecoe Ediciones.

EL RÉGIMEN PROBATORIO EN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA FALLA DEL SERVICIO MÉDICO HOSPITALARIO, A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO EXPEDIDA DURANTE LOS AÑOS 1990 A 2019¹

BERÓNICA NARVÁEZ MERCADO²

LISSETH CAROLINA MONTES GÓMEZ³

JORGE MARIO GUTIÉRREZ DÍAZ*

YIRLIAN VERGARA PÉREZ*

Resumen

La prestación del servicio público de salud es uno de los servicios en los que se generan más daños a terceros por los errores de la mala práctica médica y el funcionamiento de los aparatos administrativos que dirigen el sistema. Aún con ello, curiosamente, a diferencia de lo que sucede en otros temas propios de la responsabilidad estatal, la falla en la prestación de estos servicios no cuenta con una línea jurisprudencial sólida, sino que se ha mostrado abiertamente cambiante. Por ello, se logró establecer el régimen probatorio aplicable para demostrar el elemento de la falla o culpa de la administración en los eventos de responsabilidad del Estado por la falla en la prestación del servicio médico hospitalario y sus incidencias a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado, expedida durante los años 1990 y 2018 en Colombia; esto a través de una

1 El presente trabajo se articula al proyecto de investigación denominado *Modelo de construcción de paz frente al ejercicio de los derechos humanos*

2 Doctorante en Derecho de la Universidad Libre de Colombia, Magíster en Administración y Derecho de la Universidad Libre de Costa Rica y Abogada. Investigadora Categoría Asociada ante Colciencias, Directora del Grupo de Investigación GISCER de la Corporación Universitaria del Caribe, CECAR. Email: beronica.narvaez@cecar.edu.co

3 Abogados y Especialistas en Derecho Administrativo de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR. Emails: lisseth.montes@cecar.edu.co, jorge.gutiérrez@cecar.edu.co y yirlian.vergara@cecar.edu.co

investigación del tipo jurídica con enfoque cualitativo, cuyo método utilizado fue el análisis documental de fuentes secundarias, específicamente, normas jurídicas, artículos de opinión y doctrina nacional y extranjera sobre el tema planteado. Se concluyó que el régimen probatorio consolidado en la actualidad es el de la falla probada, por medio de la cual, a la parte demandante le corresponde demostrar todos los elementos de la responsabilidad, sin perjuicio de los poderes procesales que le asisten al juez para asignar la prueba de un hecho a la parte contraria cuando se evidencie que se encuentra en mejor situación de acreditación.

Palabras claves:

Régimen probatorio, responsabilidad del Estado, falla del servicio, servicio médico hospitalario y jurisprudencia del Consejo de Estado.

Introducción

El artículo 90 de la Constitución Política colombiana contempla la cláusula general de responsabilidad del Estado, en virtud de la cual, éste responderá por todos los daños anti-jurídicos causados por las acciones u omisiones de las autoridades que lo representan a los particulares, los cuales no se encuentran en principio obligados a soportarlos (Const, 1991, art. 13). En esa misma línea, el artículo 140 del Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo (CPACA) establece que “de conformidad con la disposición constitucional, el Estado deberá responder por todos los ejes de sus actuaciones” (Ley 1437, 2012). Si bien hace referencia a hechos, omisiones, operaciones administrativas u ocupaciones temporales o permanentes de inmuebles por causa de trabajos públicos, ello es apenas enunciativo, pues cualquier actuación desplegada por el Estado que origine un daño a quien no está en la obligación de soportarlo debe ser reparada. Es así, que tal y como lo expresa Olga González Noriega:

Todas las actividades que desarrolla el Estado en las diferentes ramas del poder público y órganos del Estado pueden generar responsabilidad a su cargo, ya que los agentes que realizan esas actividades pueden causar perjuicios a los administrados, los cuales deben ser reparados. (González Noriega, 2009)

Uno de los ejes en los cuales es posible predicar la ocurrencia de daños es la prestación de los servicios públicos, los cuales, de conformidad con lo que establece el texto superior, se encuentran en cabeza del Estado, a quien le corresponde garantizar su acceso y prestación eficiente. Sin embargo, en materia de responsabilidad el Estado sólo responderá por aquellos cuya prestación directa se realice por parte de él. Aclaración importante la anterior, pues si bien es cierto en principio, como se ha dicho, que los servicios públicos hacen parte de la órbita cuya garantía le corresponde al Estado, también es cierto que, en algunos eventos en virtud de la descentralización, los particulares también pueden coadyuvar en su prestación, caso en el cual, ante la ocurrencia del daño, será el particular el responsable de resarcirlo. Uno de esos servicios es el médico hospitalario, en el cual se encuentra un sistema regulatorio bastante extenso del que destaca la ley 100 de 1993, que establece en su parte segunda el régimen de seguridad social en Salud, y la ley 1751 de 2015, que eleva la salud a la calidad de derecho fundamental, estableciendo el margen y órbita de su protección.

La prestación de este servicio no escapa de aquellos en los cuales se puedan generar daños a los particulares. Todo lo contrario, la experiencia indica que es precisamente la prestación del servicio público de salud uno de los servicios en los que se generan más daños ocasionados, entre otros, por los errores de la mala práctica médica y los deficientes funcionamientos de los aparatos administrativos que dirigen el sistema. Sin embargo, aun cuando en la ejecución de las actividades médicas se generen muchos daños y, consecuentemente, con el fin de ser reparados, lleguen a la jurisdicción con esos fines, a diferencia de lo que sucede en otros temas propios de la responsabilidad estatal, como la privación injusta de la libertad, la ocupación

temporal o permanente de bienes inmuebles, entre otros, la responsabilidad del Estado, derivada de la falla en la prestación del servicio médico asistencial, no cuenta con una línea jurisprudencial sólida, sino que, contrario a ello, se ha mostrado abiertamente cambiante.

En lo que respecta al título de imputación de la falla en el servicio médico, el Consejo de Estado en esta materia ha establecido que la falla del servicio requiere que se demuestren en su esencia tres elementos, que son:

1. El daño antijurídico
2. La falla del servicio, el deficiente funcionamiento de la administración y
3. La relación de causalidad o nexo causal.

Respecto de los elementos del daño y el nexo causal, las concepciones son pacíficas, pues ha sido estable el criterio de que todo aquel que aduce un derecho tiene la carga de probarlo y que, en esa medida, la parte demandante tiene la obligación de probar el daño y la relación de causalidad.

Empero, no puede decirse lo mismo en lo que refiere al elemento de la falla del servicio, pues la jurisprudencia ha sido variable respecto del sistema o la forma en la que debe probarse el defectuoso funcionamiento de la administración. En sus inicios, el Consejo de Estado desarrolló una línea que propendía por exigir que la parte que alegaba la existencia de responsabilidad demostrara la existencia de la falla. Luego, ese régimen cambió, trasladando la carga de la prueba de este elemento a la administración. Posteriormente, se utilizó el concepto de la carga dinámica de la prueba; sin que en la actualidad se identifique una posición sólida en estos temas. Lo anterior genera inseguridad jurídica particularmente en materia probatoria, pues en un eventual litigio cuyo problema jurídico gire en torno a esta temática, las partes no tendrán plena certidumbre respecto de qué debe acreditarse para predicar la responsabilidad.

Resultados

1. Fundamentos constitucionales y legales de la responsabilidad del Estado y la falla en la prestación del servicio médico hospitalario en Colombia

La Constitución de 1886 no preveía una cláusula de competencia frente a la responsabilidad patrimonial del Estado, pues la misma solo se limitaba a la responsabilidad de los particulares y de los funcionarios públicos en cuanto a la infracción de las normas o extralimitación de sus funciones, los cuales debían responder individualmente ante las autoridades competentes. En ese contexto, como lo manifiesta Wilson Ruíz Orejuela, los artículos del 2341 a 2360 del Código Civil, que regulan la responsabilidad civil extracontractual, fueron el sustento para iniciar dichos temas (Ruíz Orejuela, 2015). En estos inicios, la Corte Suprema de Justicia, corporación que ostentaba la competencia general para el conocimiento de estos temas, consideró que bastaba con que, en la prestación del servicio público, el funcionario público haya prestado el servicio de manera irregular para que el Estado respondiera por dicha arbitrariedad (Ruíz Orejuela, 2015).

Posteriormente, el Consejo de Estado mediante la Ley 167 de 1941 asumió de manera residual la competencia de los asuntos relacionados con la responsabilidad del Estado y la recepcionó de manera integral con la expedición del Decreto 528 de 1964, con la cual logró establecer una línea jurisprudencial apoyada en principios constitucionales de la Constitución del 1886, alejándose de los presupuestos civiles en materia de responsabilidad y dando lugar a la teoría de la falla del servicio. De ésta forma, desde antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 ya se hablaba de la responsabilidad patrimonial del Estado por daños y perjuicios ocasionados a particulares que no tenían en deber legal de soportar (Ruíz Orejuela, 2015).

Con la Constitución Política de 1991, el Estado colombiano incluyó como norma superior su posibilidad de responder patrimonialmente por la causación de daños a particulares. Al respecto, dice el artículo 90 del texto superior que

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. (Const. 1991, art 90).

Norma que se convierte en el principal fundamento constitucional y el eje principal de toda la responsabilidad patrimonial del Estado. Ahora bien, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha desarrollado desde los inicios de esa corporación un abanico de posibilidades en la materia, así como títulos de imputación para el estudio de la responsabilidad de las autoridades. Tal y como lo manifiesta Muñoz Villamizar (2016):

Es un principio jurídico del derecho moderno que quien ocasione daño a una persona o a sus bienes, debe indemnizar. Este es un principio que impera tanto en el derecho privado como en el derecho público. Tratándose del Estado, hay que recordar que la responsabilidad administrativa (Estatal) depende de la noción que se tenga del poder y, de manera más específica, sobre el ejercicio de los poderes públicos que emanan de la soberanía de aquel. (Younes, 2005, p.253) (Muñoz Villamizar, 2016).

Entonces, según el autor, son varios los títulos de imputación y las fuentes de responsabilidad. El primero de ellos es el riesgo excepcional, el cual ha sido concebido como aquel en que, en la prestación de un servicio público estatal, se generan riesgos especiales que la comunidad no tiene la obligación jurídica de soportar. Muñoz Villamizar (2016) señala que estos pueden ser, por ejemplo,

los daños ocasionado por la utilización de armas de dotación oficial, vehículos oficiales, transporte en vehículos oficiales, transporte de energía o redes eléctricas, el servicio carcelario, el servicio militar, el servicio de seguridad hospitalario (p. 5).

También se halla el título del daño especial, el cual supone el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas

públicas. Muñoz Villamizar (2016) explica que tiene lugar cuando, con el desarrollo de una actuación legítima desarrollada por el Estado, se les impone a los ciudadanos una carga aún mayor que la que soportan las demás personas que también se benefician de esa actuación lícita del Estado. Las cuales se pueden describir por el actuar del Estado en la ocupación, la expropiación, los trabajos u obras públicas (pág. 5). Finalmente, encontramos el título de imputación de la falla en la prestación del servicio, que corresponde, según el Consejo de Estado, al título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia No. 20042, 2012). Se trata de aquel que encuentra asidero en la prestación inadecuada, la no prestación, la prestación retardada o la prestación ineficiente de un servicio a cargo del Estado.

Por su parte, Ruíz Orejuela (2010) considera que:

Como es bien sabido, la falla en el servicio corresponde al régimen de responsabilidad subjetiva, donde predomina la culpa de la administración por extralimitación de funciones, retardo en el cumplimiento de obligaciones, obligaciones cumplidas de forma tardía o defectuosa o por el incumplimiento de obligaciones a cargo del Estado. Son entonces acciones u omisiones que se predicen de la administración y que, en su funcionamiento, resultan en cualquiera de aquellas irregularidades generadoras de daños imputables al Estado, régimen tradicional en constante evolución al margen de la responsabilidad objetiva reconocida positivamente en norma superior, consignada en el artículo 90 de la Constitución Política (Ruíz Orejuela, Responsabilidad del Estado y sus regímenes, 2010).

A su vez, Figueroa afirma que:

La falla del servicio o la falta en la prestación de este se traduce —como se indicó— en el incumplimiento de un deber jurídico a cargo del Estado; esta falla se configura por retardo, irregularidad, ineficiencia, omisión o ausencia del Estado. El retardo se

da cuando la administración actúa tardíamente en prestarle el servicio a la ciudadanía; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contradiciendo las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan; y la ineficiencia se da cuando la administración presta el servicio, pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia cuando la administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y la ciudadanía queda desamparada. (Figuroa Bastidas, 2016, pp. 105-106).

Mientras que Muñoz (Muñoz Villamizar, 2016) indica que algunas de las fuentes que dan origen a la falla en la prestación del servicio son “los servicios de salud, ya sea por responsabilidad médica o por responsabilidad hospitalaria y los actos administrativos ilegales” (p. 4). Pero no son los únicos, pues cualquier forma de prestación ineficiente o inadecuada de un servicio o actividad a cargo del Estado configurará el título de falla del servicio.

Ahora bien, por otro lado, conviene precisar además a qué grupo o régimen de responsabilidad pertenece cada título de imputación anteriormente señalado. Ello porque representa gran utilidad para efectos probatorios y, en general, para la determinación de la responsabilidad. En Colombia, la jurisprudencia ha desarrollado dos regímenes de responsabilidad: el objetivo y el subjetivo. El régimen objetivo es aquel por el cual el Estado compromete su responsabilidad sin necesidad de que medie el elemento subjetivo, es decir, la culpa o falla del servicio (Irrisari Boada, 2000); en este régimen de imputación no es necesario determinar la culpa de la administración, pues esta se presume. Mientras que Figuroa manifiesta en torno a este particular que:

Resulta pertinente aclarar que el adjetivo *objetiva*, con el que se califica a la imputación, no quiere significar de forma alguna que el examen de esta se realice con fundamento en el régimen objetivo de responsabilidad estatal derivado del uso de cosas o actividades peligrosas —riesgo excepcional o

daño especial—, sino que dicho adjetivo guarda relación con la ausencia del elemento intencional del sujeto que comete la conducta, es decir, que no importa si este actuó con dolo o culpa; en otros términos, la teoría de la imputación objetiva resulta aplicable —como se verá—, a los eventos en los cuales se discute la responsabilidad del Estado con fundamento en la falla del servicio, pues es en el marco de dicho régimen en el que se debe analizar la responsabilidad por la omisión o el incumplimiento de la Administración respecto de los deberes a su cargo, lo que pone de presente su compatibilidad con ese título (p. 110).

Este tipo de responsabilidad guarda estrecha relación con los títulos de imputación de daño especial y riesgo excepcional, por cuanto en esta, pese a que se presume que la administración actúa dentro del ejercicio de sus funciones, con su actividad comete un daño a un particular que se encuentra en mayor vulnerabilidad frente a los miembros de la sociedad, los cuales deben ser indemnizados. Ruíz Orejuela (2015) manifiesta que estos son la expropiación y ocupación de inmuebles en caso de guerra, la teoría de la lesión y expedición de actos administrativos, la jurisprudencia e incluye además los trabajos públicos, el almacenaje de mercancías y las cosas y actividades peligrosas. (Ruiz Orejuela, Responsabilidad del Estado Social de Derecho por los actos del poder constituyente, 2015).

Los títulos de imputación que encuentran asidero en este régimen son el daño especial, el riesgo excepcional y la privación injusta de la libertad. Tal como lo argumenta Figueroa, existen seis eventos básicos que le dan configuración y permiten aplicarla, son los siguientes: 1) la posición de garante; 2) el riesgo permitido; 3) el principio de confianza; 4) la acción a propio riesgo; 5) la prohibición de regreso; 6) el fin de protección de la norma (Figueroa Bastidas, 2016, pág. 110).

Según Irrisaba (Irrisari Boada, 2000):

En los casos en los cuales se estudia la responsabilidad del Estado, bajo este régimen el juez ni siquiera tiene que hacer un ejercicio

valorativo de la conducta de la administración, haya sido eficiente o no, negligente o no; con lo cual, sólo se verificará la existencia de los demás elementos de la responsabilidad, estos son, el daño y el hecho que lo produce.

No obstante, ello no significa que la administración no tenga posibilidades de defenderse, más que ello, que no pueda ser exonerada. Todo lo contrario, en este régimen podrá exonerarse demostrando el caso fortuito y la culpa exclusiva de la víctima. Por otro lado, el régimen subjetivo es aquel en el cual

se tiene en cuenta la conducta del Estado para determinar si el mismo es o no responsable. El único título de imputación de responsabilidad es la falla del servicio, ya que este título indica una conducta defectuosa del Estado (Muñoz Villamizar, 2016).

Como se dijo anteriormente, dentro de este tipo de responsabilidad se encuentra con exclusividad la falla en el servicio, puesto que es el agente estatal quien por omisión, retardo, carencia, un ineficiente servicio o defectuoso funcionamiento ocasiona un daño antijurídico que es indemnizable. Así las cosas, la responsabilidad subjetiva se produce ante la morosidad, ineficiencia o ausencia de prestación de los servicios públicos que se encuentran a cargo del Estado, de ahí a que para demostrar los daños que se ocasionan ante la falla es imprescindible que se demuestre este último elemento, la culpa del agente estatal traducido en la falta o falla del servicio, la cual puede presumirse o no, dependiendo del tipo de falla que se estudie. No obstante, ante la presunción de la culpa, sólo es posible desvirtuar la falla con el rompimiento del nexo de causalidad, ya sea por fuerza mayor, hecho de un tercero o culpa exclusiva de la víctima.

Frente a lo anterior, Ruíz Orejuela (2015) manifiesta que

para que se declare la responsabilidad patrimonial del Estado, dentro del régimen subjetivo deben cumplirse los siguientes requisitos:

1. Un hecho puede consistir en la omisión, retardo, irregularidad o deficiencia del servicio, generado en la acción u omisión de las autoridades públicas.

2. La culpa en la ausencia o anomalía del servicio que puede imputársele a determinado agente o la anónima de la administración cuando no sea posible detectar quién protagonizó la deficiencia o irregularidad en la prestación del servicio.
3. Un daño antijurídico que cumpla con las condiciones de ser indemnizable.
4. Un nexo causal que debe existir entre la culpa y el daño.

(Ruíz Orejuela, 2015).

De lo que es posible colegir que para imputar la falla del servicio es necesario que exista el daño indemnizable y una estrecha relación entre éste y la culpa del agente estatal, ya sea por omisión o deficiente prestación de ese servicio. Ahora bien, dentro de este régimen de responsabilidad existen distintas formas de falla o falta, las cuales son: presunta, probada, anónima y relativa. En lo que refiere a la primera, inicialmente se usaba para determinar la responsabilidad por el uso de armas, accidentes de tránsito, redes eléctricas y demás relacionadas; al respecto, el Consejo de Estado en sentencia del 14 de febrero de 1995 manifestó lo siguiente:

En los eventos respecto de los cuales puede aplicarse este régimen especial, el actor sólo debe acreditar que ha sufrido un perjuicio indemnizable y la existencia de una relación causal con el hecho causante del perjuicio. A la entidad demandada queda la posibilidad de exonerarse de toda responsabilidad probando que, aunque el perjuicio fue causado por un acto o hecho a ella con tal diligencia, su actuación no puede calificarse como omisiva, imprudente o negligente en forma tal que dé lugar a comprometer su responsabilidad. (Consejo de Estado, Sala plena Contenciosa Administrativa, Sección primera, sentencia No. S-123 , 1995).

Ello quiere decir que en los eventos de falla del servicio presunta se presumirá a costa de la administración el elemento de la culpa, es decir, se librárá al afectado de demostrar que el actuar de la administración fue negligente o culpable. Ello implica mayor carga probatoria para la entidad deman-

dada, pues para efectos de excusarse deberá demostrar que la actuación fue

... en grado sumo prudente y diligente y que no fue omisiva, es decir, acreditado que se adoptaron, con diligencia y cuidado, todas las medidas necesarias al realizar la actuación y por tal razón no se compromete la responsabilidad.

... El caso fortuito no exonera pues que probar la ocurrencia de este es lo mismo que mostrar la ausencia de culpa, y en los casos de presunción de culpa no basta con demostrar la ausencia de culpa, sino que es necesario probar que la actuación se realizó de forma prudente y diligente. (Irriasi-Boada, 2000, p.37).

(Ruíz Orejuela, 2010) sostiene que este régimen:

Admite la presunción de la falta en los eventos de responsabilidad médica con la actual consideración en algunos casos de la teoría de la carga dinámica de las pruebas y, por un buen tiempo, por el uso de armas de dotación oficial, que posteriormente sería revaluado para admitir el título jurídico de imputación de responsabilidad por riesgo excepcional, entendiendo que el uso de las armas es una actividad peligrosa que genera riesgo. (p. 11).

La falla probada, por otra parte, es la regla general, dentro de esta se encuentran los servicios médicos y en virtud de la cual el actor debe acreditar efectivamente que se produjo un daño antijurídico por culpa exclusiva de la administración. Al respecto, el Honorable Consejo de Estado recientemente reiteró la postura que frente al tema de la falla probada había decantado, tal como lo manifiesta en la sentencia del 18 de mayo de 2017 con ponencia del Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa:

Dicho título de imputación opera, como lo señala la jurisprudencia de la Sección Tercera, no sólo respecto de los daños indemnizables derivados de la muerte o de las lesiones corporales causadas, sino que también comprende:

... los que se constituyen por la vulneración del derecho a ser informado; por la lesión del derecho a la seguridad y protección dentro del centro médico hospitalario y, como en este caso, por lesión del derecho a recibir atención oportuna y eficaz.

Cuando la falla probada en la prestación del servicio médico y hospitalario se funda en la “lesión al derecho a recibir atención oportuna y eficaz” se debe observar que ésta produce como efecto la vulneración de la garantía constitucional que recubre el derecho a la salud, especialmente en lo que hace referencia al respeto del principio de integridad en la prestación de dicho servicio. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia No. 73001-23-31-000-2006-01328-01, 2017).

Ruiz Orejuela (2010) refiere que la falla probada

es el tradicional régimen de responsabilidad en el que deben demostrarse por la parte interesada todos los elementos que la configuran, como son la falla o falta, el daño y el nexo causal. (p. 9).

De ahí que autores como Irrisari Boada (2000) afirmen que en el régimen de la falla probada lo esencial es la demostración de la culpa o falla de la administración puesto que:

...en caso de que no lo haga, sus pretensiones serán desechadas y no logrará la indemnización. Es un requisito muy exigente, pues se reclama tradicionalmente por la jurisprudencia que el actor suministre la prueba plena de las condiciones de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos que se suponen fueron la causa del perjuicio, es decir, el demandante no sólo debe probar cómo se produjeron los hechos que supone constitutivos de la falla, sino cuándo y dónde ocurrieron. (p. 33).

No obstante, como sucedió con el régimen objetivo de responsabilidad, aun cuando en el régimen de la falla probada el afectado demuestre la culpa de la administración, ello no será suficiente para colegir la existencia del deber de indemnizar, pues además se requerirá la prueba de los restantes elementos, estos son el daño y el nexo causal. Para efectos de excusar a la

administración, esta deberá romper el nexo de causalidad existente entre el daño y la culpa probada por medio de la prueba de la fuerza mayor, el caso fortuito, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero.

2. Evolución histórica en la jurisprudencia del consejo de estado frente al régimen de responsabilidad del estado por la falla en la prestación del servicio médico (1990-2018)

Al interior de la jurisprudencia histórica del Consejo de Estado, el régimen de responsabilidad de la falla del servicio en materia médica ha tenido desde 1990 algunos cambios respecto del sistema de probanza. El máximo Tribunal de lo contencioso administrativo ha establecido que la falla del servicio requiere que se demuestren en su esencia tres elementos, los cuales son: i) el daño antijurídico, ii) la falla del servicio, el deficiente funcionamiento de la administración y iii) la relación de causalidad o nexo causal. Respecto de los elementos del daño y el nexo causal, las concepciones son pacíficas, pues ha sido estable el criterio de que todo aquel que aduce un derecho tiene la carga de probarlo y que en esa medida la parte demandante tiene la obligación de probar el daño y la relación de causalidad; sin embargo, no puede decirse lo mismo en lo que refiere al elemento de la falla del servicio, pues la jurisprudencia ha sido variable respecto del sistema o la forma en la que debe probarse el defectuoso funcionamiento de la administración.

Por ello, en la forma en como la jurisprudencia ha decantado la situación probatoria del elemento de la falla, se han identificado cuatro momentos importantes en los que el Consejo de Estado ha realizado transiciones entre los sistemas de falla del servicio, siendo un primer momento el de la falla probada, en un segundo momento en el de la falla presunta, y una tercera etapa en la que esa misma corporación retorna al sistema anterior de la falla probada del servicio. Adicionalmente, se explicará el caso de la reconocida sentencia del 24 de octubre de 1990 en la que

el Consejo de Estado realiza algunas precisiones importantes frente al tema. Así mismo se han identificado otras formas de resolver la situación de la carga de la prueba del elemento falla, como la carga dinámica de la prueba que fue utilizada por los juzgadores en un determinado momento para equilibrar las cargas procesales de las partes y garantizar su igualdad procesal. Estas etapas empezarán a desarrollarse enseguida.

2.1. Primera etapa:

Falla probada en obligaciones de medio

La primera etapa en el estudio de los sistemas de falla del servicio se encuentra caracterizada por la predominancia de la concepción de que este elemento debe probarse, pues el servicio médico fue catalogado como una de aquellas prestaciones cuya naturaleza es de medio y no de resultado. La aceptación de este sistema no es extraña, pues se trata de aquel que ya con anterioridad al periodo de estudio fijado (1990) se encontraba consolidado.

Para analizarlo se seleccionaron varias sentencias proferidas por el Consejo de Estado que demuestran la predominancia de este sistema, dentro de las cuales encontramos la del 13 de septiembre de 1991, consejero ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo (Consejo de Estado, Sección tercera, Sentencia Rad No. 6253, 1991) en la que en el estudio de responsabilidad de una Policlínica encontró que se había probado correctamente la falla del servicio por parte de los demandantes a través de la demostración de la conducta “negligente y antiética del médico obligado en la atención del paciente y la torpeza del enfermero que la trató, a falta de alguien idóneo que lo hiciera” (Consejo de Estado, Sección tercera, Sentencia Rad No. 6253, 1991); así mismo, estableció que *Incumbía a la parte demandada demostrar que la dosis suministrada fue tan pequeña que en ninguna forma pudo desencadenar el síndrome hepatorenal que causó la muerte del agente* (Consejo de Estado, Sección tercera, Sentencia Rad No. 6253, 1991).

Lo anterior resulta importante, pues en sus inicios el Consejo de Estado tuvo que recurrir a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia para efectos de determinar el tratamiento de la responsabilidad civil contractual en aquellos eventos de obligaciones de medio, como la de los médicos y los abogados, para poder dilucidar las situaciones que se presentaban en esa instancia. En la sentencia del 24 de octubre de 1990 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia Rad No. 5902, 1990) esa misma corporación estableció que la distinción entre obligaciones de medio y resultado era útil para determinar la carga probatoria o los límites probatorios del deudor, quien, cuando se tratare de obligaciones de medio como las médicas, puede justificar su incumplimiento a través de la demostración de la diligencia y cuidado.

Como se pasará a explicar más adelante, la sentencia del 24 de octubre de 1990 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia Rad No. 5902, 1990) a pesar de ser expedida en un contexto de aceptación y aplicación del sistema de falla probada del servicio, marca las primeras pautas y lanza los primeros cuestionamientos respecto de ese sistema, explicando temas como los orígenes de las responsabilidades y obligaciones nacidas para las partes en los contratos a partir de la legislación civil que desarrolla el tema con mayor claridad. Algunos autores, como Mónica Fernández Muñoz, manifiestan que incluso esta sentencia

por manejar principios, normas y fundamentos del derecho privado, sirvió de punto de reflexión y posibilitó el avance, surgimiento y consagración de la teoría de la falla presunta en la actividad médica estatal (Fernández Muñoz, 2009).

Sin embargo, con eso y todo, no puede ignorarse que la misma nació en el contexto de la falla probada, por lo que en su parte resolutive parece acoger ese mismo sistema pese a todos los cuestionamientos realizados en la parte considerativa. Esta precisión la consideramos relevante, pues a partir de la misma la jurisprudencia de la sección tercera del Consejo de Estado pareció acoger bisos pequeños de lo dicho en esa sentencia. Tal

es el ejemplo de la sentencia mencionada, la del 13 de septiembre de 1991 (Consejo de Estado, Sección tercera, Sentencia Rad No. 6253, 1991), en que las pretensiones de la parte demandante fueron concedidas porque esta misma parte cumplió con la carga probatoria de demostrar la falla del servicio, pero ello no fue óbice para que el Consejo de Estado estableciera que en ese caso a la parte demandada le correspondía probar, además que había obrado con el cuidado y la diligencia que requería, criterio que fue originado en la sentencia del 24 de octubre de 1990 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia Rad No. 5902, 1990).

Así mismo la Sentencia del 14 de febrero de 1992 (Consejo de Estado, Sección tercera, Sentencia Rad No. 6477, 1992) es también una muestra del criterio que caracterizó la demostración de la falla durante esta época. Algunos autores, como Wilson Ruíz Orejuela, reconocen que, seguida de la falla probada del servicio, existió una etapa en la cual era evidente un sistema de falla inferida o virtual, en la cual el Consejo de Estado:

...pretendía considerar como aceptable la prueba de la falla del servicio a través de la acreditación de las circunstancias que rodearon el caso concreto, circunstancias según las cuales el juez pudiera deducir la falla, llamada también falla virtual, en aplicación del principio aquel de que “las cosas hablan por sí solas” o *ipsa loquitur* (Ruiz Orejuela, 2011).

Esta demostración se realizaba entonces a través de la utilización principal de la prueba indiciaria, tal y como sucedió en esta sentencia, pues en ella el Consejo de Estado estima que, pese a que no existe una prueba que de manera contundente establezca la falla en la prestación del servicio, sí es posible analizar probatoriamente ciertos indicios que enlazados entre sí permitan una certeza adecuada para resolver el mérito decantado en esa oportunidad. La prueba indiciaria, como es apenas evidente, no puede subsistir por sí misma y tampoco es suficiente por sí sola, sino que es necesario que sea soportada

por otras pruebas. En esa oportunidad se encontró soportada por varios testimonios y pruebas periciales que lograron establecer la existencia de la falla.

Asimismo, en esa sentencia el Consejo de Estado estudió la naturaleza de las obligaciones médico asistenciales, determinando que las mismas son de medio, por lo que, concorde con algunos de los principios que soportan la falla probada, “no en todo caso de muerte se presume la falla del servicio o la culpa personal del médico” (Consejo de Estado, Sección tercera, Sentencia Rad No. 6477, 1992), pues no hay responsabilidad si en la asistencia al paciente se observan el cumplimiento de todas las normas de debida diligencia y cuidado, así como los medios idóneos y la infraestructura adecuada para ello (Consejo de Estado, Sección tercera, Sentencia Rad No. 6477, 1992).

Con posterioridad, la Sentencia del 26 de marzo de 1992 con ponencia del Dr. Carlos Betancur (Consejo de Estado, Sección tercera, Sentencia Rad No. 6255, 1992) se convierte en otra muestra de la predominancia de la época del sistema de falla probada en la prestación del servicio. En la misma, se encontró probada por parte de los demandantes la falla y adicionalmente se realizaron los siguientes planteamientos. El primero de ellos giró en torno al parámetro de la obligación de medio y lo que ella implica para encontrar demostrada la falla. En esta oportunidad, el Consejo de Estado falló teniendo en cuenta la jurisprudencia que sobre esa materia se había proferido, concluyendo que no se cumple con esas obligaciones cuando en el marco del servicio médico asistencial no se le brindan al paciente los medios idóneos suficientes para garantizar su vida. Así, citando al Dr. Álvaro Pérez Vives, dijo que:

Al médico no se le exigen milagros ni imposibles, pero sí está obligado a conocer concienzudamente todo lo que el arte médico es capaz de enseñarle en el correspondiente medio científico; a no intentar aquello que escapa a sus posibilidades, pero que está dentro de las que tiene otro; a intervenir, poniendo al servicio de su ministerio todos los conocimien-

tos del caso, toda la diligencia, todo el cuidado, toda la prudencia que un médico, en igualdad de circunstancias, habría empleado, de ser ese médico idóneo, prudente y diligente en el ejercicio de su profesión.

De consiguiente, el eje de la responsabilidad médica gira sobre los siguientes postulados: hacer todo aquello que esté indicado hacer, consideración habida al grado de progreso de los conocimientos médicos y a los recursos disponibles en el correspondiente medio, y abstenerse de hacer todo aquello que no deba hacerse, en atención a las mismas circunstancias. (Consejo de Estado, Sección tercera, Sentencia Rad No. 6255, 1992).

Finalmente, en la misma fecha, pero con ponencia del Dr. Daniel Suárez Hernández (Consejo de Estado, Sección tercera, Sentencia Rad No. 6654, 1992), se avaló el criterio de las obligaciones de medio de la siguiente forma:

... Sin pretender exigir al servicio médico una obligación de resultado, porque ella es de medio, esto no significa que los médicos y demás profesionales que tengan relación con el paciente no estén obligados a ofrecer, por lo menos, todos los recursos técnicos que se encuentran a su alcance, de tal forma que sin avalar su supervivencia, sí le garanticen a cada paciente los mejores y más oportunos auxilios de medicina, laboratorio, cirugía, farmacia, etc., sometidos, desde luego, a la capacidad técnica real del establecimiento respectivo (Consejo de Estado, Sección tercera, Sentencia Rad No. 6654, 1992).

Ello significa entonces que para encontrar demostrada la falla debe acreditarse que la administración no proveyó los medios necesarios para salvaguardar la vida o la salud del paciente y que, por ese retardo, descuido, negligencia, falta de pericia, etc., se ocasionó un daño. En la sentencia referenciada, la falla se encontró probada gracias a varias pruebas periciales y al recorrido de las circunstancias fácticas debidamente probadas, que rodearon el caso, siendo la falla evidente.

En síntesis, en esta etapa se encuentra consolidada la falla probada del servicio, caracterizada por la necesidad de

que para declarar responsable al Estado la parte demandante demuestre, además del daño y el nexo causal, la falla entendida como la actuación deficiente de la administración frente a la prestación del servicio de salud. Para ello el Consejo de Estado utilizó la teoría de las obligaciones de medio, que encuentra su origen en el derecho privado, para determinar cuáles son las situaciones que deben probarse por parte de la entidad demandada a quien le corresponde demostrar que actuó con diligencia y cuidado.

La Sentencia del 24 de octubre de 1990

Ahora bien, tal como se expresó en el análisis de las sentencias que conformaron la primera etapa de la acreditación de la falla del servicio, la Sentencia del 24 de octubre de 1990, cuyo Consejero ponente fue Gustavo de Greiff Restrepo (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia Rad No. 5902, 1990) inició los primeros cuestionamientos respecto de la falla probada del servicio, por lo que dedicaremos una parte del presente a su estudio. El Consejo de Estado comienza limitando el problema de investigación a resolver en esa instancia, aduciendo que el punto sobre el cual ni la doctrina ni la jurisprudencia han logrado ponerse de acuerdo es lo que respecta a la prueba del elemento de la culpa en la falla del servicio, o la parte a quien le corresponde aportarla.

Establece que en sus inicios esta corporación aducía que la falla del servicio, como régimen subjetivo de la responsabilidad del Estado, era determinado mediante un criterio orgánico o funcional, según el cual la administración desempeñaba en condiciones inadecuadas una función que la ley o los reglamentos le habían asignado. Con posterioridad, ese mismo criterio fue modificado porque dejaba por fuera casos de evidente falla en los cuales la administración prestaba un servicio que no le atribuía la ley o los reglamentos; y se amplió a los casos en los cuales la administración asumía un servicio y lo organizaba (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia Rad No. 5902, 1990).

Por otra parte, determinó que esa misma corporación, pese a lo que la doctrina había establecido, estableció tres elementos que debían ser acreditados en los eventos de falla en la prestación del servicio. Esos elementos son:

1. Un perjuicio
2. Un servicio que funcionó mal, no funcionó o funcionó tardíamente y
3. Una relación de causalidad entre los anteriores elementos, que eran el objeto del litigio y que en consecuencia era la materia objeto de prueba

(Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia Rad No. 5902, 1990).

Asimismo, presente en ese momento y hasta hace unos años, existía la duda respecto de cuál era la carga probatoria que le correspondía a los que sufrían el hecho dañoso y que lo alegaban, el Consejo de Estado en esa oportunidad se ocupó de esa situación y adujo que, en principio a la parte demandante le toca probar los hechos que alega, pues el fundamento de la carga de la prueba es que la parte que tenga interés jurídico en un determinado hecho, aporte la prueba que lo demuestre.

El límite de esa carga estará determinado por la naturaleza de los hechos que busquen ser probados, dependiendo además de las reglas que para su consecución ha establecido el legislador (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia Rad No. 5902, 1990). En el caso de la falla del servicio, es el demandante quien tiene el interés jurídico de demostrar el funcionamiento defectuoso por acción u omisión de la administración. Se ha dicho que el mismo ha sido concebido en la jurisprudencia como aquel que funciona mal o funciona tardíamente o no funciona y ello se constata cuando debiendo cumplir una función o un propósito, no se hace, se hace a destiempo o no se hace como debe hacerse, es decir, no alcanzando el propósito para el que fue establecido (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia Rad No. 5902, 1990).

De acuerdo a lo expresado, se puede inferir que la culpa no está ausente de la responsabilidad del Estado, pues el régimen de la falla es de carácter subjetivo, es decir, no basta la sola falla sino que, como lo ha dicho esta corporación, como no toda falla lleva implícita la responsabilidad estatal, debe constatarse la diligencia o el actuar de la misma frente a la ocurrencia del hecho, “solo la conducta negligente genera responsabilidad” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia Rad No. 5902, 1990). Postura que se ha visto materializada en la jurisprudencia de años del Consejo de Estado en materia de seguridad, en la que se ha dicho que el Estado solo tiene la obligación de medios de proteger a la ciudadanía porque de lo contrario respondería por todas las muertes ocurridas en el territorio nacional.

Manifestó además que “en el panorama planteado, lo que generaba duda era la demostración de la negligencia, de la culpa, es decir, si la misma debía demostrarse o si se presumía de la existencia de la falla misma” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia Rad No. 5902, 1990). En esa sentencia el Consejo de Estado estableció en primera medida que, si bien la falla subsistía por ella misma cuando se demostraba, ello no bastaba para que el juez realizara un buen ejercicio de investigación respecto de su origen a fin de determinar el actuar negligente o descuidado.

Lo considerado en la misma sentencia del Consejo de Estado reafirma que la administración es quien está interesada en demostrar que su actuar fue ajustado, cuidadoso o diligente, pues cuando un servicio está establecido en las leyes o los reglamentos y no se realiza de manera adecuada es lógica para el juez la inferencia de que la misma se hizo de manera negligente. La administración según esa corporación “tiene la carga de probar que su conducta fue ajustada a la ley” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia Rad No. 5902, 1990). Asimismo, estudió la teoría de las obligaciones de medio y de resultado, que tienen su origen en el derecho privado. Una obligación será de medio cuando la misma sea de

proveer medios que conduzcan a un determinado resultado, pero no el resultado en sí mismo, porque se encuentra impreciso o esfumado. Las obligaciones médicas y jurídicas son propias de esa naturaleza. Por otro lado, la obligación de resultado es aquella que tiene un objeto preciso que persigue el acreedor, como las obligaciones de dar (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia Rad No. 5902, 1990).

Esa distinción mereció importancia porque en el derecho privado, sea que la obligación sea de medios o de resultado, el deudor está comprometido a ser diligente y cuidadoso, y el acreedor espera un resultado consecuentemente, aun cuando se trate de gestiones, pues del abogado se espera que presente la demanda, que atienda a las audiencias, etc. y respecto del médico, que realice los exámenes de rigor, ordene los medicamentos, etc. Ello es importante porque, como lo dijo la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 24 de octubre de 1990 estudiada, en este tipo de prestaciones de resultado el deudor se excusa del cumplimiento de la obligación ante la ocurrencia de situaciones de fuerza mayor o caso fortuito o hecho de un tercero, y en las de medio con la *ausencia de culpa* a través de la diligencia y el cuidado (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia Rad No. 5902, 1990). Por su parte, el acreedor en las de medio tiene que demostrar que el deudor no fue diligente ni cuidadoso.

Tal como se anota, esta distinción le ha servido a la doctrina y a la jurisprudencia para determinar los límites y la extensión de la carga probatoria de las partes, se ha dicho que la parte que aduce no poder darle cumplimiento a un acuerdo, es decir, del deudor, puede excusarse con la ocurrencia de la fuerza mayor, caso fortuito, culpa de un tercero o, en el caso de las obligaciones de medio, demostrar la diligencia y el cuidado en la gestión (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia Rad No. 5902, 1990). Al acreedor por su parte solo le corresponde acreditar la existencia del contrato y los intereses moratorios o compensatorios que hubiesen causado los daños con apenas el efecto del incumplimiento.

Asimismo, el Consejo de Estado analizó la situación del derecho privado comparado y adujo que en nuestro país los artículos 1757 y 1604 del código civil establecen que el acreedor sólo tendrá que demostrar el contrato sin que sea necesario demostrar el incumplimiento; le corresponde al deudor demostrar la diligencia y el cuidado o la fuerza mayor, caso fortuito. En lo que respecta a los daños y al derecho a ser indemnizado, este nace de la demostración por parte del acreedor, del hecho ilícito, la culpa o dolor, el daño y el nexo causal, de conformidad con lo establecido en el artículo 2341 del código civil, que establece que el obligado a la indemnización es quien ha producido el daño.

La Corte suprema de justicia ya había tratado estos temas con anterioridad, particularmente aligerando la carga probatoria de las personas perjudicadas por el hecho dañino, y se apoyó en el artículo 2356 del código civil para crear un régimen de presunción de responsabilidad que luego se transformó formalmente en “presunción de culpa por actividades peligrosas” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia Rad No. 5902, 1990). Asimismo, en ese sentido explicó que las presunciones implican la carga de la prueba en contrario. Esa misma corporación, estudiando la ocurrencia de daños y perjuicios en un menor por parte de una máquina, en la sentencia del 14 de marzo de 1938 (Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, Sentencia del 14 de marzo de 1938) consideró la teoría del riesgo fundamentada en la base de que todo aquel que genera un riesgo es responsable por el mismo y que se orienta en exonerar al damnificado de la demostración del mismo. Los daños que son generados en base a esta teoría no son objeto de exoneración por parte de quien produce el daño, salvo que demuestre fuerza mayor, caso fortuito o hecho de un tercero (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia Rad No. 5902, 1990).

Asimismo, en la misma sentencia, la Corte Suprema de Justicia alabó la existencia del artículo 2356 del CC, que ha permitido equilibrar las cargas entre la parte perjudicada por el

daño y la que lo provocó, humanizando el derecho. Este mismo artículo, según la Corte, es una presunción de responsabilidad que lleva consigo que la carga de la prueba no sea del afectado sino del causante del daño, a quien se le imputa su malicia o negligencia (Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, Sentencia del 14 de marzo de 1938). Según esa misma corporación, ello no debe entenderse como un atropello al principio de presunción de inocencia, sino que no puede desconocerse que hay actividades desplegadas por el hombre que llevan implícito un riesgo, un peligro con el que, cuando es ocasionado, la misma naturaleza del daño impide al damnificado la consecución de los elementos necesarios para probarlo (Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, Sentencia del 14 de marzo de 1938). En la teoría del daño elaborada por la Corte Suprema de Justicia, el hombre que tiene el control sobre esa actividad peligrosa tiene el deber de manejarla cuidadosamente, puesto que “por él comienza la peligrosidad, quien la usa y maneja es el primer candidato como víctima” (Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, Sentencia del 14 de marzo de 1938)

Esa sentencia del Máximo Tribunal de la jurisdicción ordinaria unificó el tratamiento de ese tipo de daños en esa jurisdicción, respecto de que a aquel que desempeña una actividad peligrosa le es imputable la malicia o negligencia cuando aquella genera un daño, por lo cual, la carga de la prueba es de ese mismo. Si bien esa sentencia no dijo a qué cargo de la prueba se refería, es decir, a qué elemento, el Consejo de Estado infirió que se trataba del elemento culpa. Esa postura en la jurisdicción ordinaria no ha sido cuestionada en los últimos años, sino que contrario a ello, la jurisprudencia se ha dado a la tarea de ampliar las actividades de riesgo. Dentro de esas actividades de riesgo, la sala de casación civil de la Corte Suprema de justicia con ponencia del Dr. Hernando Morales Molina clasificó a las actividades médicas como aquellas que tienen implícito un peligro, por lo que es al médico a quien le incumbe demostrar la diligencia y cuidado (Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, Sentencia del 14 de marzo de 1938).

Frente a esas observaciones jurisprudenciales, tendientes al estudio de algunas disposiciones existentes en el derecho civil respecto de la responsabilidad por actividades peligrosas, la sección tercera en la ponencia del 24 de octubre de 1990 realiza los siguientes planteamientos aun cuando no los toma para fallar el caso que se decidió en esa oportunidad, pues en la misma la falla estaba probada:

1. El Consejo de Estado asegura que la postura de la Corte Suprema de Justicia, aunque creativa, es errónea, porque está fundamentada en una indebida interpretación del artículo 2356 del CC, de la cual a su parecer no surge una presunción de responsabilidad, sino que la misma lo que asegura es que quien obra con malicia o negligencia debe reparar el daño que cause. Para el caso de las actividades de riesgo dice que del texto de la norma se sigue que no a todos los que ejercitan una actividad peligrosa y producen daños se les puede reputar el actuar culposamente porque el artículo habla del que ejecute la actividad de manera imprudente (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia Rad No. 5902, 1990).
2. Las posturas jurisprudenciales que eran avaladas por la doctrina de la época se concibieron a partir de ideas erróneas respecto del artículo estudiado y del 2341, según el cual la responsabilidad extracontractual requiere que por lo menos se pruebe la culpa del autor del daño, el cual tiene que ser demostrado por el perjudicado. Ello no es así porque el descuido y la negligencia solo es demostrable con situaciones externas, por el acto que causó el daño, que fue ejecutado por un sujeto pensante que conocía las consecuencias de este y por ello debe ser reparado. Como es natural, ese mismo sujeto pensante tiene la posibilidad de demostrar que en ese hecho, además de actuar con prudencia o diligencia para evitar el perjuicio, interfirió la fuerza mayor o el caso fortuito que hizo irresistible la existencia del daño (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia Rad No. 5902, 1990).

Para el Consejo de Estado es cierto que la culpa se presume de la comisión del hecho generador del daño, pero no es cierto que el deudor se exonere solo con la demostración de la diligencia y el cuidado en las obligaciones de medio, será necesario además la prueba de la fuerza mayor y el caso fortuito. Adujo que, en realidad, el artículo 2356 del CC lo que hace es indicar el tipo de prueba que en ciertos casos, como los de las actividades peligrosas, es suficiente para demostrar la diligencia y el cuidado o la ausencia de culpa que surge de la ocurrencia del daño. Entonces, si alguien ocasiona un daño en ejecución de una actividad que la ley considera peligrosa, por disposición de la ley se presume que su conducta se realizó con culpa, por lo que quedará exonerado de la misma y con ella de la obligación de indemnizar cuando demuestre la diligencia y el cuidado. De la siguiente manera lo explica el Tribunal:

Así, quien dispara un arma de fuego o el dueño de un edificio que se derrumba, o el dueño de un animal, es responsable de los daños que ocasione el disparo, la ruina o el animal, de la misma manera como lo es la persona que tumba, por ejemplo, un árbol y éste al caer hiera o mate a quien en ese momento pasa por el lugar, y por ello si demuestra que no actuó culposamente, probando que no disparó imprudentemente, o que puso vallas, o que de cualquiera otra manera evitó que cayeran las personas que transitaban por el lugar donde levantó las losas del pavimento (art. 2356), o que dio buena educación a los menores, o que no les dejó adquirir hábitos viciosos (art. 2348) o que los criados o sirvientes no actuaron con ocasión del servicio prestado al amo, o que se portaron de un modo impropio que éste no tenía medio de prever o impedir empleando un cuidado ordinario o la autoridad competente (art. 2349), o que el dueño del edificio no omitió las reparaciones necesarias (art. 2350), o que el propietario del animal se soltó sin culpa del dependiente encargado de la guarda o servicio del animal, o que el dueño con mediano cuidado o prudencia debió conocer o prever el vicio del animal o su calidad de dañino y sin embargo no le dio conocimiento al dependiente (para que pudiera evitar el daño) (art. 2353), quedará exonerado

de la obligación de indemnizar, pues con tales pruebas mostrará su ausencia de culpa, es decir su diligencia y cuidado, de la misma forma como quien derriba un árbol demuestra su ausencia de culpa poniendo vallas u obstáculos que eviten la posibilidad del paso de personas por el lugar donde aquél pueda caer (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia Rad No. 5902, 1990).

La interpretación del Consejo de Estado se centra en afirmar que más que existir una presunción de culpa, lo que existe en realidad es una cuestión probatoria por la cual el perjudicado no es a quien le corresponde demostrar la falta de la diligencia y cuidado, sino que, es a quien le tocó tenerla quien debe demostrarla. Así mismo considera que debe tenerse en cuenta lo que al respecto dice la doctrina, respecto de que el más interesado en demostrar que las actividades se ejecutaron en debida forma es el deudor, quien además tiene conocimiento de cómo las realizó y de lo que ocurrió, por lo que a él le queda más factible la consecución de esta.

El Consejo de Estado cita como ejemplos el caso del empleado que llega tarde a la oficina, a quien le queda más fácil demostrar las razones por las cuales incumplió el horario respecto del jefe, quien no sabe las circunstancias del incumplimiento. La culpa si bien es un elemento subjetivo, estima este órgano que, solo es deducible de comportamientos y en general de factores externos que llevan al juez a un conocimiento o convencimiento de su existencia. En cuanto a la carga de la prueba de este elemento, asumió no dilucidarla en esa sentencia, pues en el caso en concreto apareció probada la falla. Sin embargo, adujo que ese problema podía resolverse mediante la observancia de ciertos principios que habían sido previamente decantados por la doctrina.

El primero de ellos en lo que refiere al hecho generador del daño y a la responsabilidad indirecta que era predicable de las personas jurídicas en un principio, pues era resultado de la conducta de otras personas que estaban bajo su vigilancia. En esta primera etapa, la jurisprudencia consideraba que esta clase de culpa pro-

ducto de la vigilancia se presumía, pero que la persona podía desvirtuarla. Con posterioridad, la Corte suprema de Justicia, al estudiar la responsabilidad de una persona de derecho público, modificó su postura a una *organicista* (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia Rad No. 5902, 1990), en la cual la responsabilidad directa se presenta con ocasión a la conducta de sus directores o agentes. Esta nueva concepción es más objetiva, porque le endilga al Estado la responsabilidad por los daños que él mismo cause por el

funcionamiento inadecuado de los servicios públicos, con secundaria consideración a la falta o culpa imputable a los agentes encargados legalmente de poner en actividad esos servicios. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia Rad No. 5902, 1990).

Finalmente, a partir de 1962 la jurisprudencia avanzó reafirmando la responsabilidad directa de la persona jurídica no solo cuando el daño lo comete uno de sus agentes, sino también cuando lo hace cualquiera de sus servidores, independientemente de su posición jerárquica.

El segundo de ellos gira en torno a la antijuridicidad del daño, el cual es un presupuesto necesario para la adecuada configuración de la responsabilidad estatal por falla en la prestación del servicio. Sin embargo, existen excepciones en las normas civiles y comerciales a la necesidad de que el daño sea antijurídico para que sea necesaria la reparación (ejemplo de ello, el artículo 702, 905 del CC y el 1071 del código de comercio) y es por que la actividad dañosa se encuentra facultada por la ley. En materia administrativa, el Consejo de Estado recordó que pueden predicarse como ejemplos, la postura jurisprudencial de la indemnización por daño especial, expropiación, ocupación de inmuebles en eventos de guerra o riesgo excepcional (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia Rad No. 5902, 1990). Aun con todo, los daños ilícitos deben ser necesariamente reparados.

Consecuentemente a lo anterior, el tercer principio hace referencia a que de la ocurrencia del daño antijurídico pueda

inferirse que quien lo causó actuó de manera culposa, ello no significa que el mismo no se requiera para poder establecer la responsabilidad, pues es uno de los elementos. El hecho de que llegara a presumirse no significa que no debe demostrarse. Como se ha dicho, la culpa se demuestra a través de los actos externos que rodearon la comisión de la conducta ilícita que produjo el daño, por lo que el autor de ese hecho tiene la posibilidad de demostrar que no actuó culposamente. La carga probatoria lógica que le corresponde a cada parte, a saber, será al perjudicado, la necesidad de demostrar el daño (la obligación), el hecho que generó ese daño y que fue causado por el que cree deudor; a este último le corresponde probar la extinción de la obligación por alguno de los medios de extinción de las obligaciones o por la ocurrencia de un hecho “físico o del hombre, dotado de eficacia impeditiva que rompió la relación de causalidad entre el daño y el hecho dañino” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia Rad No. 5902, 1990).

Los anteriores principios no son aplicables solo en el derecho privado, sino también en el público, en el ámbito de la responsabilidad estatal, donde se hace irrelevante la conducta personal del agente porque la responsabilidad es orgánica de la administración como ente y no como individuo. La falla se presume por la obligación estatal de prestar los servicios públicos, por lo que al perjudicado le corresponde demostrar el daño y la falla que lo causó, debiendo entonces la administración acreditar que esa falla se debió a un hecho extraño, como la fuerza mayor, el caso fortuito, la culpa de un tercero o de la propia víctima.

Ya el Consejo de Estado, decantando los elementos de la responsabilidad, había determinado que la prueba de la integridad de ellos le correspondía a la parte demandante y la eximente de responsabilidad, como la fuerza mayor, el caso fortuito, el hecho de un tercero, la culpa exclusiva de la víctima o que el agente no estaba en servicio de funciones administrativas. A la víctima le corresponde demostrar el defectuoso funcionamiento de la administración, el daño y el nexo causal; y a la administración la que sea tendiente a acreditar que la falla no existió.

En base a todo lo anterior, el Consejo de Estado precisa que la diferencia probatoria de la responsabilidad del Estado por falla y falla presunta radica en que, en la primera, a la parte perjudicada le corresponde acreditar que existió un indebido funcionamiento de la administración o su no funcionamiento y que a causa de eso se produjo un daño. En la falla presunta basta que se pruebe que el daño fue producido con instrumentos de la administración que estaban bajo su control. La administración, parte a quien le correspondía la diligencia y el cuidado en las actividades peligrosas, debe demostrarla para exonerarse de la responsabilidad. Se trate de obligaciones de medio o resultado, el imputado debe demostrar, además de la diligencia, que el incumplimiento obedeció a fuerza mayor o caso fortuito u otra fuerza externa que se lo impidiera, para lo cual deberán observarse las situaciones concretas, pues existirán algunas en las cuales baste la diligencia cuando no han podido existir fuerza mayor.

2.2. Segunda etapa:

Falla presunta por prestación de servicios de salud

Esta segunda etapa se encuentra presidida por la sentencia del 30 de julio de 1992 con ponencia del consejero ponente Daniel Suárez Hernández (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, Sentencia Rad No. 6897, 1992), en la que el Consejo de Estado, posiblemente partiendo de algunas ideas expuestas en sentencias anteriores a la fecha, consideró que, si bien por regla general el actor es quien tiene la carga de probar todos los elementos de la responsabilidad, no es posible pasar por alto algunas circunstancias en las cuales esa misma parte no se encuentra en la mejor postura para la consecución de la prueba, pues se hace difícil realizar las respectivas comprobaciones, a menos que se trate del campo médico. Barreras entiende esto como “las intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas, que por su propia naturaleza, por su exclusividad, por la privacidad de las mismas, por encontrarse en juego intereses personales o institucionales. etc” (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, Sentencia Rad No.

6897, 1992) se convierten en obstáculos para “el paciente, para el ciudadano común obligado procesalmente a probar aspectos científicos o técnicas profesionales sobre los cuales se edifican los cargos” (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, Sentencia Rad No. 6897, 1992).

Ante esta situación es mucho más beneficioso y fácil para la administración de justicia trasladar esta carga del paciente, que no tiene los conocimientos médico-científicos para demostrar el error en los servicios médicos, a la administración, conformada en esta materia por profesionales que disponen de todos los medios para demostrar que su actuar no fue descuidado o negligente. Como lo dijo el Consejo de Estado, ella se encuentra

en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisficieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, Sentencia Rad No. 6897, 1992).

Adicionalmente, esa misma corporación, en la sentencia referenciada, adujo que para la administración es mucho más fácil demostrar que ha actuado con eficiencia e idoneidad ante la ocurrencia de situaciones que pueden generar responsabilidad estatal, además de que ello provee al juzgador de mejores condiciones técnico-científicas para dilucidar lo ocurrido en el caso que se falla. Esa postura no es propia de la jurisprudencia nacional, sino que como lo expresó, otras legislaciones han preferido trasladar la carga de la prueba de la culpa del paciente a los médicos, y en general a las profesiones liberales, pues es más solidario con el consumidor otorgándole beneficios a quien se destine la prueba.

El Consejo de Estado (Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, Sentencia Rad No. 6897, 1992) citó las palabras de la doctrina para expresar que:

... como con acierto se ha puntualizado, en principio y como regla, no es otro que el médico y no el enfermo el que mejor conoce

“cuál fue la situación al comienzo de la atención, qué terapia era la más conveniente de acuerdo con el diagnóstico, qué dificultades se presentaron, con qué medios técnicos disponían, cuáles fueron las causas probables de la frustración, qué rol le cupo a la entidad sanatorial”, la norma insinuada recoge esa evidencia de la situación real para reglamentarla en la asignación de un deber de cooperación (carga) que no significa, de por sí, atribuir culpa en el obrar del médico en el caso (Morello, 1991, pp. 84-85).

Atendiendo a esas consideraciones, el Consejo de Estado estimó que al ente demandado le quedaba más fácil acreditar que los procedimientos médicos desplegados en ese caso se habían realizado con diligencia y sin culpa. Por ello, como en el asunto judicial no se observó que la entidad demandada haya demostrado lo que se afirmó, a esa corporación no le quedó más remedio que declarar la responsabilidad del Estado. Esta sentencia en específico marcó un precedente importante que cambió la forma en como se demostraba la falla y la culpa de la administración en los temas médicos. Así, con posterioridad a ese pronunciamiento, el Consejo de Estado expidió entre otras la sentencia del 24 de agosto del mismo año (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, Sentencia Rad No. 6754, 1992) en la que, continuando con esa misma línea, fundamentándose en ella (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, Sentencia Rad No. 6897, 1992) y la del 24 de octubre de 1990 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia Rad No. 5902, 1990) arrojó las siguientes nociones fundamentales.

Recordó que con anterioridad el tema al interior del Consejo de Estado se había desarrollado bajo la tesis de la falla probada en la prestación del servicio, tomando como fundamento las nociones de las obligaciones de medio, incumbiéndole a la parte demandante la carga de demostrar: i) El defectuoso funcionamiento de la administración o su no funcionamiento, porque el servicio médico no se prestó, fue tardío o no se prestó como se debía; ii) Que a raíz de ello se ocasionó un daño y iii) El nexo de causalidad (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, Sentencia Rad No. 6754, 1992).

Pero que la línea había cambiado debido a los pronunciamientos del 30 de julio de 1992 que establecían una interpretación más técnica de la falla presunta, y que en ciertos aspectos era similar al tratamiento que se le daba a las muertes o lesiones causadas con dotación oficial, con las siguientes diferencias: en la falla presunta del servicio médico, el elemento de la falla se presume; en los eventos de daños producidos con ocasión a la ejecución de actividades peligrosas, más que presumirse la falla se presume la responsabilidad, porque ya no es relevante la falla de la administración sino solo la existencia del daño.

Lo anterior es importante para temas probatorios, como en la falla presunta existe una presunción de la falla, para contrarrestarla, porque admite prueba en contrario, se debe demostrar que el actuar fue diligente y cuidadoso, de manera que no exista culpa. La presunción beneficia la carga del demandante, que no tendrá que demostrarla porque se presume. Ello en temas médicos, pues en los de lesiones o muertes causadas en el marco del desempeño de actividades peligrosas, como no importa la falla si es presunta o probada, la parte demandada solo puede excusarse en la fuerza mayor, el caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima, en estos casos, la diligencia y el cuidado es insuficiente.

La carga de la prueba a cargo de la administración en beneficio de la parte demandante es apenas supuesta porque le corresponde demostrar los requisitos de operancia de la presunción,

así, en el caso de que alguien alegare que resultó lesionado por una intervención quirúrgica inadecuada, deberá probar, en términos generales que se le prestó el servicio en tal fecha y que sufrió el daño cuya indemnización pretende (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, Sentencia Rad No. 6754, 1992).

Probados estos supuestos, las pretensiones se fallarán beneficiosamente si la demandada no allega la prueba de la diligencia y el cuidado; diferente a lo que sucede en la responsabilidad por actividades peligrosas en donde basta la prueba del daño y la del nexo causal.

Según el Consejo de Estado, esa diferencia se justifica porque las actividades derivadas de los servicios médicos no son consideradas peligrosas, pero sí que representan importancia en los pacientes debido a lo que significa para su integridad física y salud, quienes que en la mayoría de los casos no se encuentran en condiciones de reconocer las fallas ni de probarlas (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, Sentencia Rad No. 6754, 1992).

Diferente es lo que sucede con las actividades que sí se consideran peligrosas, como la de utilización de vehículos, armas oficiales, redes de conducción de energías o servidumbres, pues quien ejerce esa actividad le impone a los demás una carga excepcional que no tienen que soportar y, si genera un daño, es deber del Estado indemnizarlo. Por esa razón, no es tan importante la conducta de quien realizó el daño, sino el daño en sí mismo. Además, esa responsabilidad ha encontrado su sustento en la tesis del rompimiento de las cargas públicas, fundamentada respectivamente en el principio de igualdad. Finalmente, en el caso concreto de esa sentencia aplicando los postulados antes narrados, el Consejo de Estado presumió que el servicio médico se prestó de manera inadecuada y que ello ocasionó la muerte del familiar de la demandante. Así mismo, como no se allegó prueba de lo contrario, se condenó al Estado y se liquidaron consecuentemente los perjuicios.

2.3. Tercera etapa: la utilización de la «carga dinámica de la prueba» como transición entre la falla presunta a la falla probada

A la expedición de la sentencia antes referida, el Consejo de Estado falló un caso utilizando para ello el régimen probatorio de la falla probada. En efecto, no se trató de un cambio de postura, sino todo lo contrario, se trató de un caso en el cual no se estaba del todo claro en esas situaciones, pues giró en torno a la caída de un bebé de una camilla que terminó en la muerte del infante. En ese caso, se utilizó el régimen de la falla probada, porque a la interpretación de ese órgano las fallas

administrativas que se causen en cuanto al servicio público de salud deben ser tratadas bajo el régimen de la falla probada. En estas palabras lo dijo el Consejo de Estado:

Muchos son los casos en que, con ocasión de la prestación del servicio público de salud, se incurre en fallas administrativas que por su naturaleza deben probarse y la carga de la prueba corresponde al demandante, como por ejemplo, el resbalarse al penetrar en un consultorio, tropezar al acceder a la mesa de observación por la escalerilla, caída de una camilla, el no retiro de un yeso previa ordenación médica o una quemadura causada por la manipulación de elementos que puedan ocasionarla. En ellos es natural que no proceda la presunción de falla deducida jurisprudencialmente para los casos de acto médico y ejercicio quirúrgico, y que consecuentemente deba el actor probar la falla del servicio, como ocurrió en el caso sub análisis, habiendo demostración de la caída del menor por descuido de quienes lo tenían a su cuidado, y de la imposibilidad de atenderlo convenientemente con los elementos de que se disponía, pero que no pudieron emplearse por encontrarse bajo llave (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, Sentencia Exp No.12165, 1999).

En este caso, esa corporación falló utilizando el régimen probatorio de la falla probada, exigiéndole a la parte demandante la comprobación del elemento de la culpa, el cual fue demostrado a través de prueba pericial que arrojó como resultado que los procedimientos se realizaron sin la diligencia que la situación requería. Por otra parte, como la entidad no ejerció ningún acto de defensa y no pudo alegar ninguna excluyente de responsabilidad, no quedó más remedio para el juzgador que confirmar la sentencia recurrida y condenarla al pago de los perjuicios causados.

Importante resulta resaltar lo que en esa sentencia aclaró el Consejo de Estado:

Casos como el presente ponen de manifiesto que existe una clara diferencia entre los hechos referentes a la organización y funcionamiento del servicio y los que atañen al acto médico y quirúr-

gico propiamente dicho, los cuales, aun cuando hacen parte de una misma actividad y propenden por la misma finalidad, son tratados jurisprudencialmente en el nivel que científicamente les corresponde y por ello a los primeros les es aplicable la falla probada como título de imputación, en tanto que a los segundos conviene la falla presunta para deducir responsabilidad (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, Sentencia Exp No.12165, 1999).

Lo anterior nos permite concluir que se presumirá la falla respecto a casos en los cuales esté en juego el acto médico o quirúrgico propiamente dicho, y la misma deberá demostrarse cuando se trate de hechos de organización y funcionamiento del ente estatal. Esa postura de la falla presunta para los casos de estricta responsabilidad médica parece ser la tesis consolidada de la jurisdicción de lo contencioso administrativo desde el año 2000 a 2006, pues se hallan evidencias que demuestran que antes de ese periodo esa jurisdicción había presumido la culpa de la administración, de manera que a la parte perjudicada no le correspondía demostrarla, sino desacreditarla por parte de la entidad que causó el daño.

Como evidencia de ello, se halla la Sentencia del 15 de junio de 2000 (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, Sentencia Exp No. 12548, 2000) con ponencia de la Dra. María Elena Giraldo Gómez, en donde esa corporación reconoce que, pese al pronunciamiento del 11 de noviembre de 1999 (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, Sentencia Exp No.12165, 1999), el régimen probatorio aplicable es el de la falla presunta. En efecto, considero que la diferenciación de la falla ocasionada en la organización y manteamiento de los centros hospitalarios y la falla respecto del servicio médico propiamente dicho es propia de la jurisprudencia francesa, no así de la colombiana, que se ha caracterizado por la presunción de la falla en estos temas. Adicionalmente, vale la pena resaltar que en el caso en concreto fallado en la sentencia del 15 de junio de 2000 el Consejo de Estado, aunque reconociendo que el régimen de la falla presunta es propio de la responsabilidad médica estatal, no acudió a él para acreditar el elemento de la

falla, pues el mismo apareció probado en el proceso a través de la prueba indiciaria, lo cual nos permite afirmar la existencia de ciertos rasgos de la llamada falla inferida o virtual propia de la falla probada utilizada en el pasado.

Sin embargo, en la evolución histórica del régimen probatorio de la falla en la responsabilidad médica estatal, el régimen de la falla presunta pareció ser reemplazado por un camino distinto, fundamentado en aplicación de *la carga dinámica de la prueba* para algunas situaciones particulares que ameritaban la necesidad de una mejor distribución de las cargas probatorias entre las partes. Ello concuerda con lo que ha opinado la doctrina respecto de que de manera permanente el Consejo de Estado había venido utilizando el régimen de la falla presunta a favor de los demandantes hasta el periodo 2000 - 2006, lo cual, en cierto sentido, había desplegado los mismos efectos de la falla probada, es decir, la continuación de la carga estática de la prueba (Fernández Muñoz, 2009, pág. 82) no ya a favor de la administración, sino de la parte demandante.

En la sentencia del 31 de agosto de 2006 (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, Sentencia Exp No. 15772, 2006) con ponencia de la Dra. Ruth Stella Correa Palacio, el máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo reconoció que en su jurisprudencia se había utilizado casi que de manera generalizada a la falla presunta como método para exonerar a los demandantes de la prueba de la culpa de la administración, siendo jurídicamente lo correcto que el juzgador analizara cada situación en particular para determinar cuál parte se encontraba en mejores condiciones de demostrar la culpa de la administración (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, Sentencia Exp No. 15772, 2006). Para la adopción de esa tesis se valió de un precedente del 10 de febrero de 2000, en el que se dijo:

En efecto, el planteamiento ha llevado a aplicar, en todos los casos de daño causado en desarrollo de la prestación del servicio

médico asistencial, la teoría de la falla del servicio presunta, exigiendo siempre a las entidades públicas demandadas la prueba de que dicho servicio fue prestado debidamente para poder exonerarse de responsabilidad. Resulta, sin embargo, que no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas o científicas. Habrá que valorar en cada caso si éstas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, sin duda, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio. Así las cosas, la tarea del juzgador resulta más ardua y exigente, pues es él quien debe establecer en cada caso cuál de las partes se encuentra en condiciones más favorables para demostrar cada uno de los hechos relevantes en relación con la conducta del demandado para adoptar la decisión. (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, Sentencia Exp No. 11878, 2000).

Adicionalmente, esa posición fue defendida en la Sentencia aludida, la del 31 de agosto de 2006 (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, Sentencia Exp No. 15772, 2006), pese a que como se dijo en la misma, la adopción de la *carga dinámica de la prueba* o la redistribución de las cargas probatorias realmente traía vicisitudes importantes, pues el ejercicio de determinar qué parte se encontraba en mejores condiciones de probar un hecho que solo podía realizarse en el auto que apertura el período probatorio podía convertirse en una situación compleja, pues hasta ese momento el juez solo cuenta con lo que se ha suministrado en la demanda y la contestación, lo que es en muchos casos ambiguo. No obstante, los defensores de la carga dinámica de la prueba han argumentado que las partes tienen el deber de suministrar al juez todo aquello que tengan en su poder por los deberes de lealtad procesal que

les asisten y que en caso de que ello no se dé así bien podría el juzgador en la sentencia asignarle las sanciones e imponerle las cargas que conlleva esa omisión (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, Sentencia Exp No. 15772, 2006).

La Sala consideró que era posible que el juez determinara, a través de la prueba indiciaria, la falta de lealtad procesal de acuerdo con la comisión u omisión de algunas conductas procesales y probatorias, como el no suministrar la historia clínica en su totalidad, el negarse a la práctica de un examen, etc., y que además podían conllevar a que las partes que la cometieran soportaran las cargas de tales en la sentencia. Atendiendo a lo anterior, era posible recoger ambos conceptos probatorios, es decir, el de la falla presunta y la carga dinámica de la prueba para establecer que en materia médica la nueva regla giraría en torno a instituir de manera general la acreditación en el proceso de todos los elementos de la falla, a través de todos los medios de prueba existentes en el ordenamiento, especialmente el indicio que era útil para establecer el nexo causal. Este criterio, que se ajusta a la regla constitucional de reparación del Estado, resulta ser más equitativo, dinámico con la consecución de pruebas y realista con la situación de la prestación del servicio de salud, que es complejo (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, Sentencia Exp No. 15772, 2006).

En la sentencia aludida, el Consejo de Estado advirtió que en muchas ocasiones la presunción de la falla a la administración es desventajosa para la misma, pues con el número de servicios que se prestan y pacientes que se atienden a las entidades les es realmente difícil la demostración de circunstancias de tiempo y modo para un caso particular; esta información la conoce de primera mano el paciente, quien es el perjudicado. Por ello, resaltó la importancia de aportar la historia clínica de este último de forma integral, pues con la ayuda de la prueba pericial y la indiciaria era posible determinar la responsabilidad. Esto soluciona también el dilema de la difícil aportación de la prueba por parte de los familiares del paciente, pues el juez tendrá que valorar en mayor

forma los medios de prueba que halle en el proceso y utilizar la prueba indiciaria para tal fin.

A partir de la sentencia del 31 de agosto de 2006 (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, Sentencia Exp No. 15772, 2006) el Consejo de Estado retorna entonces a la utilización del régimen de la falla probada del servicio, exigiéndole a las partes la acreditación de todos los elementos de la responsabilidad, para lo cual, en principio por tener interés en ello, le corresponderá a la parte demandante, sin perjuicio de los poderes de distribución de la prueba que tiene el juez para asignarle a una parte el deber de demostrar un determinado hecho cuando se encuentre en mejores circunstancias para probarlo. Por ello, la jurisprudencia posterior parte de la acreditación de todos los elementos de la responsabilidad para acreditarle, ejemplo de ello es la sentencia del 15 de octubre de 2008 (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, Sentencia Exp No. 16270, 2008) en la que, para decidir el caso en concreto, el Consejo de Estado exigió la acreditación de todos los elementos de la responsabilidad, así:

En materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran; el daño, el nexó causal y el hecho dañoso o la falla del servicio imputable a la entidad demandada, cuya prueba está radicada en cabeza de la parte actora, a quien, en rigor legal, le corresponde probar los hechos alegados. La prueba de tales supuestos, por su misma naturaleza, permite lograr el propósito buscado, acudiendo a la aportación de la prueba que apreciada en su conjunto conduzca a arribar a una única conclusión cierta para establecer el juicio de responsabilidad (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, Sentencia Exp No. 16270, 2008).

Lo anterior es confirmado por la sentencia del 15 de mayo de 2011 (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, Sentencia Exp No. 19835, 2011), en la que esa corporación dijo:

En casos como el presente, en donde se discute la responsabilidad de los establecimientos prestadores del servicio de salud, la Sección

ha establecido que el régimen aplicable es el de falla del servicio, realizando una transición entre los conceptos de falla presunta y falla probada, constituyendo en la actualidad una posición consolidada de la Sala en esta materia, aquella según la cual es la falla probada del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, Sentencia Exp No. 19835, 2011).

Esta posición de falla probada del servicio constituye el régimen consolidado que se ha mantenido hasta la actualidad. En sentencia del 02 de mayo de 2018 (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, Sentencia Exp No. 40958, 2018) se dijo:

En cuanto al régimen de responsabilidad derivado de la actividad médica, en casos como el presente la Sección ha establecido que el régimen aplicable es el de falla del servicio, realizando una transición entre los conceptos de falla presunta y falla probada. En la actualidad, la posición consolidada de la Sala en esta materia la constituye aquella según la cual es la falla probada del servicio el título de fundamento, bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria. ... Cuando la falla probada en la prestación del servicio médico y hospitalario se funda en la “lesión al derecho a recibir atención oportuna y eficaz”, se debe observar que esta produce como efecto la vulneración de la garantía constitucional que recubre el derecho a la salud, especialmente en lo que hace referencia al respeto del principio de integridad en la prestación de dicho servicio” (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, Sentencia Exp No. 40958, 2018).

Tal es el caso de la responsabilidad del Estado por la falla en la detección temprana de enfermedades auditivas, bajo el entendido de que le corresponde al Estado colombiano efectuar Potencial Evocado Automatizado de Tallo Cerebral (PEATC) a los recién nacidos dentro de las primeras 48 horas de su nacimiento, a fin de establecer de forma acertada su audición y las enfermedades que pudieren presentar. De acuerdo con

lo establecido en la Ley 982 de 2005, la falla del Estado por la omisión en la realización de este examen podría resultar en la pérdida de una oportunidad para aquellos cuya detección temprana no se realizó, impidiéndole acceder a un tratamiento que, si bien no es una cura definitiva, resultaría en una ostensible mejora para su estilo de vida (Ulrich, 2020). A diferencia de lo expuesto en la Ley 1751 de 2015, que excluye “las intervenciones de cirugía plástica de carácter estético del Plan de Beneficios en Salud pública” (Congreso de la República, 2015) toda vez que “no buscan curar ninguna enfermedad, razón por la que no es posible hablar de responsabilidad del Estado por falla en el servicio en relación con cirugías plásticas de esta naturaleza” (Puentes, 2020).

En cambio, la obligación en el caso de los procedimientos médico-obstétricos se considera como una de resultado, siempre que se presenten las condiciones normales para la gestación y el parto, la consecuencia lógica es:

Que no se afecte la salud ni la vida del bebé o de la madre, ya que todas las circunstancias que puedan significar riesgos en el proceso de gestación deben ser observados por el profesional y advertirlos para controlarlos o evitarlos. Si el resultado es contrario, lo más lógico es que exista responsabilidad médica debido a la inobservancia de los lineamientos que implica la práctica de la medicina en este campo, es decir, una falla en el servicio, ya que, teniendo en cuenta la jurisprudencia, se puede apreciar que la mayoría de las circunstancias negativas pudieron haberse evitado siempre que hubiera habido diligencia y pericia en la atención y control del proceso gestacional. (Tengana, 2020).

Conclusiones

Al analizar el régimen probatorio en la responsabilidad del Estado por la falla del servicio médico hospitalario, a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano expedida durante los años 1990 a 2019, se logró establecer que el fun-

damento constitucional por excelencia de la responsabilidad estatal es el contenido en el artículo 90 superior, que establece el deber del Estado de responder patrimonialmente por todos los daños causados en acciones u omisiones a los particulares. El Consejo de Estado ha establecido igualmente que esa responsabilidad tiene como origen diversas fuentes y es imputable con base a tres títulos: el daño especial, el riesgo excepcional y la falla del servicio. Los dos primeros títulos son propios del régimen de responsabilidad objetivo, en el cual no se estudia la culpa de la administración, por lo que solo debe demostrarse la ocurrencia del hecho y la causación del daño. Por otro lado, el segundo título de imputación es exclusivo del régimen subjetivo; a su vez, de acuerdo con la titularidad del deber de probanza de la culpa, puede hablarse de falla probada y falla presunta. En la primera, el afectado debe probar que la administración actuó con descuido y negligencia; en la segunda, pese a que no tiene que probar el elemento de la culpa, deberá demostrar la existencia del daño y el nexo de causalidad.

En la historia jurisprudencial del Consejo de Estado, especialmente en el periodo de 1990 a 2018, en lo que respecta a la acreditación del elemento de la falla o culpa de la administración para establecer la responsabilidad del Estado por la prestación de los servicios médico asistenciales, se han identificado tres periodos en los cuales se han aplicado regímenes probatorios distintos. En un primer momento, la jurisdicción de lo contencioso administrativo utilizó el régimen de la falla probada del servicio utilizando como fundamento la tesis de que los servicios médicos constituyen obligaciones de medio y que, por lo tanto, el médico no está obligado a garantizar resultados, sino gestiones. En un segundo momento, se estimó que el médico se encontraba en una mejor posición de desacreditar la culpa, con lo cual se presumió la culpa de la administración a la que le correspondía demostrar que había actuado con diligencia y cuidado para exonerarse de la responsabilidad. Finalmente, en un tercer momento, por haberse aplicado la falla presunta a la generalidad de los casos de responsabilidad médica, esa corporación utilizó la tesis de la carga dinámica de la prueba para realizar una transición de la falla presunta a la falla probada,

que es el régimen consolidado en la actualidad, por el cual, a la parte demandante se le deben demostrar todos los elementos de la responsabilidad, sin perjuicio de los poderes procesales que le asisten al juez para asignar la prueba de un hecho a la parte contraria cuando se evidencie que se encuentra en mejor situación de acreditación.

La responsabilidad de la administración en la prestación de los servicios médicos estatales es susceptible de acreditación mediante todos los medios probatorios previstos por nuestro ordenamiento procesal. Algunos más que otros resultan ser exitosos y tienen mucha más presencia en los procesos judiciales, como la prueba pericial, la prueba documental y los testimonios. No obstante, aun cuando algunos de ellos sean costosos, existen alternativas viables. Así las cosas, el daño material podrá ser probado a través de prueba documental, pues con regularidad es posible establecerlo mediante facturas y constancias. El daño inmaterial, dependiendo del solicitante, se presume por lo que está exento de prueba, debiendo solo probarse la calidad del vínculo con la víctima para aquellos solicitantes víctimas indirectas. La falla en la prestación del servicio debe ser demostrada por la parte demandante, a quien le tocará demostrar dependiendo del origen de la falla los conocimientos técnicos que debieron tenerse, el tiempo que debió tomarse, entre otros, para lo cual puede ser muy útil la prueba pericial. No obstante, ella, en algunos eventos, puede reemplazarse con la prueba documental u oficio. Finalmente, el nexo causal puede demostrarse por cualquier medio de prueba, siendo más fácil su demostración a través de la prueba indiciaria, la cual, como es sabido, no subsiste por sí misma, sino que debe apoyarse en otro medio de prueba.

Referencias bibliográficas

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. (16 de febrero de 2015). Ley 1751 de 2015. Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental a la Salud. Bogotá, Colombia: Ministerio de Salud y Protección Social. Obtenido de https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Ley%201751%20de%202015.pdf

- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (02 de julio de 2012). Ley 1437. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Recuperado el 06 de septiembre de 2018, de http://leyes.co/codigo_de_procedimiento_administrativo_y_de_lo_contencioso_administrativo/140.htm
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, Sentencia Exp No. 11878, Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enriquez (10 de Febrero de 2000).
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, Sentencia Exp No. 12548, Consejero ponente: María Elena Giraldo Gómez (15 de Junio de 2000).
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, Sentencia Exp No. 15772, Consejero ponente: Ruth Stella Correa Palacio (31 de Agosto de 2006).
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, Sentencia Exp No. 16270, Consejero ponente: Myriam Guerrero de Escobar (15 de Octubre de 2008).
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, Sentencia Exp No. 19835, Consejero ponente: Hernan Andrade Rincon (15 de Mayo de 2011).
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, Sentencia Exp No. 40958, Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa (02 de Mayo de 2018).
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, Sentencia Exp No.12165, Consejero de Estado: Jesus María Carrillo Ballesteros (11 de Noviembre de 1999).
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia No. 73001-23-31-000-2006-01328-01, Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa (18 de mayo de 2017).
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia Rad No. 5902, Consejero ponente: Gustavo de Greiff Restrepo (24 de Octubre de 1990).
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, Sentencia Rad No. 6754, Consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo (24 de Agosto de 1992).

- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, Sentencia Rad No. 6897, Consejero ponente: Daniel Suárez Hernández (30 de Julio de 1992).
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia No. 20042, Consejero Ponente: Hernan Andrade Rincón. (07 de marzo de 2012).
- CONSEJO DE ESTADO, Sala plena Contenciosa Administrativa, Sección primera, sentencia No. S-123 , Consejero ponente: Consuelo Sarria Olcos (14 de febrero de 1995).
- CONSEJO DE ESTADO, Sección tercera, Sentencia No. 13168, Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez (04 de diciembre de 2006).
- CONSEJO DE ESTADO, Sección tercera, Sentencia Rad No. 6253, Consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo (13 de Septiembre de 1991).
- CONSEJO DE ESTADO, Sección tercera, Sentencia Rad No. 6255, Consejero ponente: Julio Cesar Uribe Acosta (26 de Marzo de 1992).
- CONSEJO DE ESTADO, Sección tercera, Sentencia Rad No. 6477, Consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo (14 de febrero de 1992).
- CONSEJO DE ESTADO, Sección tercera, Sentencia Rad No. 6654, Consejero ponente: Daniel Suárez Hernández (26 de marzo de 1992).
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA [Const.] (2da ed.). (1991). Legis.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA [Const]. (7 de julio de 1991). Colombia.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sala plena, Sentencia C- 100, Magistrado ponente: Martha Victoria Sachica Méndez (31 de enero de 2001).
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de casación civil, Sentencia del 14 de marzo de 1938, Magistrado ponente: Ricardo Hinestroza Daza.
- FERNÁNDEZ MUÑOZ, M. L. (Julio de 2009). *La falla “probada” del servicio médico-asistencial: ¿Vislumbre del retroceso del Consejo de Estado?* IUSTA(30), 73-92. Recuperado el 17 de julio de 2018, de revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/download/3058/2925
- FIGUEROA BASTIDAS, G. E. (2016). *La responsabilidad internacional agravaada del Estado Colombiano*. Bogotá: Universidad del Rosario. Obtenido de <http://app.vlex.com.ezproxy.cecar.edu.co:8080/#CO/sources/14601>

- GONZÁLEZ NORIEGA, O. C. (2009). *Responsabilidad del Estado en Colombia: Responsabilidad por el hecho de las leyes*. Revista UIS, 77-86.
- IRRISARI BOADA, C. (2000). *El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado Colombiano* (Trabajo de grado). Bogotá D.C., Pontificia Universidad Javeriana.
- MANTILLA DE VALERA, L. C. (2015). *El daño moral en Colombia: Un estudio sobre la nueva tendencia del “daño a la persona”* (Trabajo de grado). Colombia : Universidad Católica de Colombia .
- MORELLO, A. M. (1991). *La prueba: tendencias modernas*. Abeledo- Perrot.
- MUÑOZ VILLAMIZAR, J. E. (septiembre- diciembre de 2016). *Titulos Jurídicos de imputación en la responsabilidad extracontractual del Estado por la privación injusta de la libertad*. Revista Hipotesis Libre(15). Obtenido de <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/hipotesis/issue/view/24>
- PATIÑO, H. (2008). *Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano*. Revista de derecho privado, 193-217.
- PUENTES, Y. (2020). *La inversión de la carga de la prueba por la falla del servicio, en relación con cirugías plásticas de carácter estético y reconstructivo*. Universidad Santo Tomás. Obtenido de <https://repository.usta.edu.co/handle/11634/31594>
- RUIZ OREJUELA, W. (2010). *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*. Bogotá D.C: ECOE ediciones. Obtenido de <http://app.vlex.com.ezproxy.cecar.edu.co:8080/#CO/sources/6853>
- RUIZ OREJUELA, W. (2011). *Responsabilidad médica estatal*. Ámbito Jurídico(95). Descargado el 17 de julio de 2018, de http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10783
- RUIZ OREJUELA, W. (2015). *Responsabilidad del Estado Social de Derecho por los actos del poder constituyente*. Bogota D.C.: ECOE EDICIONES.
- TENGANA, F. (2020). *Responsabilidad Estatal y los Fundamentos de Imputación para endilgar mala praxis médica obstétrica*. Santiago de Cali: Universidad Santiago de Cali. Obtenido de <https://repository.usc.edu.co/bitstream/handle/20.500.12421/5065/RESPONSABILIDAD%20ESTATAL.pdf?sequence=3&isAllowed=y>
- ULRICH, W. (2020). *La Responsabilidad del Estado Colombiano por la falla en la detección temprana de enfermedades auditivas*. Pensamiento Jurídico(52), 1. Obtenido de <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/71765>

RESPONSABILIDAD SOCIAL UNIVERSITARIA FRENTE A LA EJECUCIÓN NEGLIGENTE DE MACROPROYECTOS RELACIONADOS CON LA GESTIÓN DEL RIESGO¹

ALONSO CORTINA ACEVEDO²
BLEIDIS VANESSA QUINTANA PÉREZ³

Resumen

El presente trabajo pretende abordar los fundamentos jurídicos. Este artículo hace una reflexión sobre los resultados obtenidos en el proyecto de investigación de intervención socio-jurídica de la viabilidad jurídica de la ejecución del plan maestro de drenaje pluvial del Distrito de Cartagena, como resultado emergió una teoría sustantiva que explica cómo el alto grado de complejidad científica de los macroproyectos de gestión del riesgo produce la ineficacia de la participación ciudadana y el control social e institucional del Estado, haciéndolos altamente vulnerables a la corrupción e ineficaces frente a la gestión responsable del riesgo.

De manera particular, este artículo hace un análisis de la responsabilidad social universitaria frente a la generación de conocimiento para el desarrollo social y económico según los

1 Resultado del proyecto de investigación titulado *Estudio de la viabilidad jurídica de la ejecución del plan maestro de drenaje pluvial del Distrito de Cartagena*

2 Abogado especialista en Derecho Administrativo, especialista en Gestión Pública y Doctor en Ciencias Políticas, investigador del Grupo de Investigación de la Universidad del Sinú Sociedad y Derecho.

3 Abogada Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social. Magíster en Cooperación Internacional para el Desarrollo. Docente investigadora adscrita al grupo de investigación Sociedad y Derecho de la Universidad del Sinú Elías Bechara Zainúm Seccional Cartagena.

objetivos mundiales de desarrollo para el 2030, particularmente con el ODS 4, educación para el desarrollo humano y sostenible, y los ODS 11 y 16, relacionados directamente con categorías políticas y jurídicas como democracia, paz, participación ciudadana y gobernanza que, sin duda, señalan el compromiso social que debe asumir la Universidad frente al desarrollo humano y sostenible de las comunidades.

Los ODS aplicados a los macroproyectos de gestión del riesgo implican para la universidad el reto de involucrarse directamente con el control social que deben tener los macroproyectos de gestión del riesgo, comprometiéndose con el diseño e implementación de estrategias de innovación social que integren investigación, proyección y docencia para evidenciar técnicamente la eventual ejecución irresponsable de éstos macroproyectos, capacitando y fortaleciendo la participación ciudadana frente a la exigencia del cese del sometimiento de la población a condiciones de vulnerabilidad urbana frente al devastador impacto socio-económico y ambiental que viola derechos humanos como consecuencia de la negligente gestión del riesgo de desastres naturales, es decir, la universidad debe renunciar al mito de la neutralidad política y asumir en serio su responsabilidad social, empoderándose de su rol como agente protagonista del desarrollo humano y sostenible de las comunidades.

Palabras claves:

Desarrollo humano y sostenible, responsabilidad social universitaria, control social, gestión del riesgo, responsabilidad extracontractual del Estado.

Introducción

Los megaproyectos se constituyen hoy en uno de los elementos fundamentales de las políticas de reestructuración urbana, son desarrollos estructurales que impactan contundentemente

temente el desarrollo humano y sostenible del territorio de las comunidades, particularmente en aspectos políticos, sociales, culturales y jurídicos, condicionando procesos de gobernanza que responden a la adaptación de las ciudades al proceso de *localización* en los que, particularmente en Latinoamérica, dado el alto impacto que tienen los macroproyectos en los presupuestos estatales y en la calidad de vida, terminan siendo estandarte de banderas políticas que los utilizan para obtener el favor del consenso democrático, sin importar la viabilidad institucional y financiera que garantice su éxito.

Este trabajo parte del estudio de caso realizado por el consultorio jurídico de la escuela de derecho de la universidad del Sinú sobre la viabilidad jurídica de la ejecución del plan maestro de drenaje pluvial del distrito de Cartagena, particularmente de parte de los resultados que muestran la complejidad técnica, institucional, política, económica, social y cultural de los macroproyectos de gestión del riesgo como una de las causas que, sumada a la corrupción, hace casi imposible el control social e institucional de su formulación y ejecución exitosa.

El trabajo se divide en cuatro partes. Inicialmente se presenta el caso y los resultados obtenidos en el estudio de la viabilidad jurídica de la ejecución del plan maestro del distrito de Cartagena; luego se hace una explicación de la dificultad que representa para el control social de los macroproyectos la complejidad técnica que éstos entrañan; seguidamente se analiza la responsabilidad que tiene la universidad como institución responsable de generar conocimiento científico aplicado a resolver los problemas de desarrollo humano y sostenible de la comunidad; finalmente, se plantean las conclusiones y sugerencias.

Presentación del caso de estudio

Estudio de la viabilidad jurídica de la ejecución del macroproyecto de gestión del riesgo, plan maestro de drenaje pluvial del distrito de Cartagena, frente al cumplimiento de los objetivos de desarrollo sostenible para erradicar la pobreza y proteger el planeta.

Metodología

Método: La investigación se corresponde con el paradigma cualitativo, y el método con el estudio de caso.

Tipo de caso: Caso simple, de diseño holístico: el estudio se desarrolla sobre un único objeto, la ejecución del plan maestro de drenaje pluvial del Distrito de Cartagena; este tiene como unidades de análisis los documentos que dan cuenta de la formulación, contratación y ejecución del plan maestro de drenaje pluvial. El caso se clasifica metodológicamente como:

Explicativo, porque mediante un análisis primario de la relación del investigador con el objeto de estudio, busca identificar las diferentes relaciones entre las categorías de estudio establecidas en el problema de investigación, a saber, desarrollo humano y sostenible, responsabilidad social universitaria, control social, gestión del riesgo, responsabilidad extracontractual del Estado y complejidad de técnica de los macroproyectos asociados a la gestión del riesgo; para luego sistematizar un cuadro de categorías con el que se presenta la teoría sustantiva que explica por qué las universidades en acatamiento de la responsabilidad social deben comprometerse con la formulación, contratación y ejecución de los macroproyectos de gestión del riesgo, dada la directa vinculación que el asunto tiene como el cumplimiento de los 17 objetivos de desarrollo sostenible para erradicar la pobreza y proteger el planeta.

Exploratorio, busca generar una teoría sustantiva que genere inquietud para el desarrollo de futuras investigaciones (Stott, L., & Ramil, 2014). El proyecto busca que se profundice en el estudio de la responsabilidad social universitaria, comprometida con la innovación para una educación para el desarrollo que realmente catapulte el cambio social que requiere el desarrollo humano y sostenible de las comunidades.

Técnica de análisis de datos: Se utilizó como técnica de análisis de datos la teoría que consiste en la elaboración de relaciones entre categorías principales y secundarias a través del microanálisis de entrevista y la revisión documental de textos.

De manera puntual se tomó el problema de las inundaciones en la ciudad de Cartagena diagnosticado en los estudios previos del plan maestro de drenaje pluvial, y se contrastó con las categorías de estudio propuestas en el supuesto de investigación para estructurar la teoría sustantiva.

Presentación de resultados y conclusiones del estudio

Contexto del problema

El Distrito de Cartagena históricamente viene siendo azotado socioeconómicamente por el fenómeno de las inundaciones provocadas por aguas pluviales a causa del deficiente sistema de drenaje del distrito, situación que se ha agravado en los últimos veinte años poniendo en riesgo la integridad física y mental de grandes sectores de la población del Distrito y generando cuantiosas pérdidas materiales para el sector privado y público, hasta el punto que en el plan de ordenamiento territorial del distrito de Cartagena POT del año 2001 fue planteado como proyecto prioritario en el diseño y ejecución de un **Plan Maestro de Drenajes Pluviales** para el Distrito de Cartagena. Sin embargo, sólo cinco años después, en el año 2006, el Distrito de Cartagena contrató la elaboración del estudio denominado Plan Maestro de Drenaje Pluvial de Cartagena de Indias (en adelante PMDP), el cual realizó un diagnóstico del problema de las inundaciones en Cartagena que sirvió como estudio técnico especializado en la realización de los estudios previos de la contratación del plan maestro de drenaje pluvial del distrito de Cartagena.

Los resultados se obtuvieron previa definición y estudio del corpus de la investigación, compuesto por entrevistas realizadas a líderes sociales, dignatarios de juntas de acción comunal, funcionarios del distrito, comunidades afectadas y los documentos privados y públicos que dan cuenta de la ejecución del plan maestro de drenaje pluvial como respuesta a derechos de petición, sentencias de acciones populares, páginas web y, de manera particular, los estudios previos de la contratación del PMDP. Los datos fueron estructurados en un sistema categorial previo curso de un proceso analítico surtido en 3 momentos e identificados como codificación abierta, selectiva y coaxial; en el primer momento se identificaron datos, conceptos, propiedades y dimensiones relevantes para establecer las categorías principales que definen el problema de las inundaciones en el distrito de Cartagena. Al mismo proceso de codificación abierta se sometió el supuesto de investigación hasta lograr la saturación teórica, que permitió mediante un proceso inductivo–deductivo de codificación axial la construcción de la teoría sustantiva que confirmó el supuesto de investigación.

A continuación, se presenta el sistema categorial mediante el cual se obtuvo la teoría sustantiva que da respuesta a la pregunta de investigación. En el cuadro de categorías primeramente se señala el problema de la investigación, en la siguiente columna se muestran las categorías primarias o deductivas expresamente contenidas en el problema de investigación, estas primeras categorías definieron el marco teórico, orientaron la búsqueda de información y los instrumentos para obtenerla, así se definieron las primeras unidades de investigación, tercera columna del cuadro categorial, a partir de cuyo análisis, teniendo en cuenta las categorías principales en un proceso deductivo – inductivo se establecieron las subcategorías metodológicas con las cuales se estructuraron las interrelaciones entre categorías y subcategorías que finalmente hacen emerger como resultado de investigación la teoría sustantiva que explica por qué jurídicamente no es viable la ejecución de las obras del plan maestro de drenaje pluvial.

SISTEMA CATEGORIAL

Problema de investigación	Categorías principales deductivas que definen el problema y orientan la recolección y el análisis de la información, determinan las unidades de investigación.	Unidades de investigación de donde se extraen las subcategorías.	Subcategorías Inductivas Metodológicas, ayudan a establecer relaciones y a guiar el análisis para estructurar la teoría sustantiva.
<p>En Cartagena, pese a que desde el año 2010 se vienen invirtiendo grandes cantidades de recursos para evitar las inundaciones, el fenómeno persiste, generando grandes pérdidas a las comunidades afectadas y al Distrito de Cartagena. Para que la ejecución del PMDP sea exitosa, se requiere antes de la ejecución de las obras, componente estructural del plan, tener desarrollado su componente jurídico. Desde el año 2010 se han venido ejecutando obras del PMDP, la falta de un control social eficiente y eficaz y la ineficacia de los órganos de control disciplinario, fiscal y penal, no han permitido tener claridad sobre la ejecución previa del componente jurídico.</p>	<ul style="list-style-type: none"> ■ Daños ocasionados por el fenómeno de las inundaciones. ■ Ineficacia de las obras pluviales contra las inundaciones. ■ Incertidumbre sobre el desarrollo del componente jurídico del PMDP. ■ Control social ineficiente. ■ Ineficacia de los órganos de control del Estado, fiscales, disciplinarios y penales. 	<ul style="list-style-type: none"> ■ Estudios previos de la contratación del PMDP. ■ Entrevistas. ■ Derechos de petición. ■ Sentencias de fallos de acción popular. ■ Prensa digital páginas web 	<ul style="list-style-type: none"> ■ Dilución de responsabilidades entre las autoridades del gobierno local. ■ Falta de planeación en la ejecución de las obras del sistema de drenaje pluvial. ■ Falta de conocimiento sobre cuáles son en los canales los límites entre el espacio público y la propiedad privada. ■ Falta de control de las autoridades urbanísticas en las obras de construcción que se desarrollan en el distrito. ■ Vacío institucional, falta una institución que se responsabilice de forma técnicamente especializada en el manejo integral del problema de drenajes de aguas pluviales en Cartagena

Continúa en la página siguiente

			<ul style="list-style-type: none"> ■ Falta de organismos de acción comunal eficientes y capacitados. ■ Responsabilidad social universitaria
--	--	--	---

Resultados

Las unidades de investigación resaltadas en la tabla anterior y que sirven de fundamento a la investigación, no son visibles en todo el texto, como por ejemplo el número de entrevistas y a quién, cuántos funcionarios, conclusiones de estas entrevistas o estos estudios, resultados de derechos de petición, análisis de fallos de acción popular, en fin, la base sobre la cual se hace el análisis y se sacan las categorías; de hecho el proceso mismo categorial no está explícito, se anuncia pero luego metodológicamente se plantean unos resultados sin que quede claro cómo se llega a ellos.

Tampoco está claro el tema de la responsabilidad social universitaria, teniendo en cuenta que la administración funciona de manera independiente de las universidades.

Del proceso de codificación abierta, luego de procesar las categorías principales y las subcategorías, se obtuvo el siguiente supuesto de investigación;

- Los líderes cívicos y organismos de participación ciudadana y acción comunal, que históricamente han asumido el control social y veeduría de las obras de ejecución del plan maestro de drenaje pluvial, no conocen el proyecto, no tienen conciencia de la complejidad científica de la ejecución de las obras y del impacto ambiental y socioeconómico que la ejecución negligente de éstas genera.

- La comunidad en general no cuenta con canales de comunicación política con los cuales informarse debidamente sobre la planificación y ejecución de las obras del plan maestro de drenaje pluvial. Cuando se va a intervenir un punto en particular del sistema, se socializa sólo esa obra de manera aislada, no se explica en su totalidad el plan maestro.
- Se requiere que los jueces que ordenan la construcción de obras para enfrentar la vulneración de derechos colectivos y fundamentales conozcan las implicaciones del plan maestro de drenaje pluvial para no contribuir con la ejecución localizada del PMDP, desconociendo el componente jurídico, urbanístico del plan, concentrándose en el desarrollo aislado del componente de infraestructura de las obras civiles.

Teoría sustantiva

Como resultado del análisis del sistema categorial antes expuesto, emergió una teoría que explica cómo la complejidad técnico-científica, jurídica, social, política y cultural del PMDP dificulta la comprensión del macroproyecto por parte de los organismos de participación ciudadana en general y, en particular, de los organismos de acción comunal encargados por Ley 743 de 2002 de servir de intermediarios en la comunicación política que se surte entre el Estado y las comunidades, es decir, son las veedurías ciudadanas y las juntas de acción comunal los organismos de participación ciudadana y control social las encargadas de generar procesos de pertenencia y apropiación social del macroproyecto, de manera que, si estos no logran comprender la complejidad de la formulación y la ejecución del PMDP, no podrán comunicarlo a sus comunidades, y mucho menos ejercer un control efectivo sobre él, generándose una gran vulnerabilidad que favorece la corrupción en la ejecución del macroproyecto, esto hizo que pasase inadvertida la falta de ejecución del componente jurídico y se celebre por parte de las comunidades la ejecución de las obras, sin tener en cuenta que sin el componente jurídico no se puede desarrollar el componente urbanístico

ni el social, de manera que una vez desconocido el orden de ejecución de los componentes del plan resulta imposible esperar que sus obras tengan la eficiencia y eficacia esperada según el PMDP.

Discusión

Del estudio del resultado del proyecto Viabilidad jurídica del plan maestro de drenaje pluvial se determinó que la complejidad de los macroproyectos resulta ser un factor que propicia la corrupción por la dificultad del ejercicio de un control social, ya sea informal o institucional, y estos dos elementos hacen que los macroproyectos, particularmente los que se relacionan con la gestión del riesgo como servicio que presta obligatoriamente el Estado, resulten ineficaces frente a la prevención y atención de desastres producidos por fuerzas de la naturaleza, situación que genera cuantiosos daños en la población y el Estado mismo, además de la vulneración de derechos humanos que se produce por la ejecución negligente de éstos macroproyectos.

Así las cosas, esta reflexión propone que el problema de falta de control social por desconocimiento o dificultad para apropiarse conceptualmente de la complejidad de los macroproyectos relacionados con la gestión del riesgo sea objeto de estudio de las universidades, es decir, la hipótesis o supuesto de investigación para futuros trabajos es que las universidades tienen la responsabilidad social y política de investigar y diseñar los canales de comunicación política necesarios y eficientes para llevar a la comunidad una versión menos técnica de los macroproyectos, pero que resulte fiable y eficiente para el ejercicio eficaz del control social.

Lo anterior implicará, por supuesto, asumir la responsabilidad social de fortalecer la participación ciudadana, mediante la creación de escenarios de formación política, y asesoría permanente a los organismos de participación ciudadana y acción comunal, para que así la comunidad pueda identificar cuándo la ocurrencia de un desastre implica responsabilidad

del Estado por negligencia en la formulación y ejecución de macroproyectos relacionados con la gestión del riesgo, sólo así podrá la participación ciudadana adquirir la suficiente incidencia política para lograr que las autoridades de control del Estado se preocupen por investigar y sancionar los actos de corrupción que afectan la ejecución responsable de éstos proyectos.

En lo que se sigue se explicará primeramente en detalle porque la falta de control social de los macroproyectos pone a los ciudadanos en condición de vulnerabilidad urbana, causándole a la población grandes pérdidas materiales hasta llegar incluso a violación sistemática de derechos humanos.

1. Déficit del control social producido por la complejidad técnica de los macroproyectos, un elemento que genera vulnerabilidad urbana

Como se dijo anteriormente, en gran medida el fracaso de los macroproyectos obedece a que estos son apetecidos por la corrupción debido a la complejidad técnica que encierran y su elevado costo de inversión. De estas dos características se desprenden irregularidades como: manipular estudios previos para establecer en la licitación requerimientos técnicos hechos a medida para favorecer a financistas de campañas electorales o pagar favores políticos, la fragmentación de contratos para evitar procedimientos competitivos, criterios de selección injustificados, la exclusión arbitraria de proponentes, la declaración injustificada técnicamente de declaratoria de urgencia manifiesta y la apelación al criterio del precio más bajo sin tener en cuenta requerimientos técnicos de calidad.

Todas las acciones de corrupción antes mencionadas se facilitan en gran parte por el alto grado de especialidad e interdisciplinariedad de estas obras, que hace casi imposible el control social por parte de organizaciones civiles como veedurías ciudadanas y demás expresiones de participa-

ción ciudadana institucionalizada, como los organismos de acción comunal⁴. La complejidad técnico-científica de los macroproyectos de infraestructura urbana es tan alta que para controlar la legalidad de la contratación y ejecución de las obras las entidades del Estado deben contratar costosas interventorías, sin embargo, esto a la postre termina por ser no una solución de control, sino una oportunidad para más corrupción.

Los macroproyectos en su generalidad se ejecutan mediante contratos incompletos, es decir, que, por razones presupuestales y alta complejidad, en su formulación no se contemplan todas las contingencias que podrían ser previsibles ni las responsabilidades por las que deben responder las partes en el evento de que éstas se presenten; así, Estado y contratista, de antemano saben que el precio por el que se licitó, dada la incompletitud del contrato, terminará siendo mayor y, en consecuencia, deberá ser renegociado.

En las anteriores circunstancias, la incompletitud del contrato es aprovechada por la corrupción para elevar fraudulentamente su valor, falseando la ocurrencia de complejas y especializadas contingencias técnicas difíciles de detectar, como actos de corrupción, dada la falta de experticia de quienes están llamados a realizar el control social del proyecto, sean estos los funcionarios de la entidad contratante del Estado, los ciudadanos u organismos de participación ciudadana; para evitar ésta situación, la legislación contem-

pla la contratación de interventorías, supuestamente para

4 Entre los diversos mecanismos que existen para el ejercicio de control social se encuentran las acciones judiciales para la protección de los derechos de los ciudadanos; ejemplo de ello son la acción de tutela, la acción de cumplimiento, la acción popular, la acción de grupo, la acción pública de inconstitucionalidad y la demanda de nulidad de actos administrativos. De igual forma, se puede señalar que son espacios de participación ciudadana los que ofrecen las Juntas de Acción Comunal, las asociaciones de padre de familia, las veedurías ciudadanas y las audiencias públicas. Así como son mecanismos para ejercer control por parte de la ciudadanía: la veeduría ciudadana, el cabildo abierto y las audiencias públicas, la queja y la denuncia. Carabalí Larrahondo, U. (2019). Análisis jurídico de contraste sobre la relación causa-efecto entre la veeduría ciudadana y la corrupción estatal en Colombia (Doctoral dissertation, Universidad Santiago de Cali)..

garantizar la resolución técnica de las contingencias que puedan representar aumento del valor del contrato, manteniendo así la legalidad y equilibrio financiero del mismo, sin embargo, esta estrategia tampoco resulta ser muy afortunada, porque los elevados costos de las interventorías, dado su alto grado de especialidad técnica, también se realizan mediante contratos incompletos.

En relación con la efectividad de las interventorías frente al control de contratos incompletos, dicen Gorbaneff, & Barón,

el Estado no tiene capacidad ni interés en controlar al interventor, y esto es comprensible. Por ejemplo, se podría introducir obligatoriamente el manual del interventor en todo contrato de obras, pero esta opción no hace más completo el contrato. Si se pretende que el contrato de interventoría sea completo habría que prever y consignar en él todas o la mayoría de las posibles contingencias, lo que puede ser muy costoso. El contrato de obras de por sí es complejo e incompleto. El contrato entre el interventor y el Estado es igualmente complejo e incompleto y su objeto es, además, intangible (consultoría). El Estado utiliza un contrato incompleto para supervisar otro contrato incompleto. Se podría decir que el contrato de interventoría es incompleto al cuadrado (Gorbaneff, & Barón, L, 2011).

De otro lado, en cuanto a la efectividad del control social que está llamado a realizar por los organismos de participación ciudadana y control social, como las veedurías ciudadanas y las juntas de acción comunal, en el caso de los macroproyectos resulta ser poco efectivo e incluso fuente de más corrupción, esto debido a que la complejidad científica de éstos proyectos hace que la comunidad no tenga los conocimientos para lograr, por lo menos, la comprensión conceptual mínima que permita evaluar la conveniencia y desventaja de las diferentes alternativas técnicas que pueden presentarse en la formulación y desarrollo del proyecto.

Esto hace que la legitimación o deslegitimación de las obras sea fácilmente manipulable por líderes cívicos inescrupulosos, que antes que realizar un control social sobre la ejecución de las obras se convierten en socios de la corrupción entrando en contubernio con los contratistas y funcionarios corruptos, convenciendo a la comunidad de las bondades de la ejecución de unas obras que al final no solucionarán nada y, por el contrario, en muchas ocasiones empeoran las condiciones de vulnerabilidad.

Si bien es cierto que no es posible afirmar que todos los organismos de participación ciudadana y acción comunal son corruptos, lo que sí se puede afirmar con certeza es que, en la mayoría de las veces, el ejercicio honesto de control social a la contratación y ejecución de macroproyectos resulta ser ineficiente e ineficaz por la sencilla razón de que los ciudadanos y los organismos de participación ciudadana que los representan no tienen la capacidad técnica para identificar y evidenciar elaboradas y complejas acciones de corrupción en la contratación y ejecución de los macroproyectos, problema que además no puede ser resuelto con la contratación de expertos por la falta de recursos financieros de los organismos de control social. Téngase en cuenta que si el Estado contrata una interventoría técnica para la ejecución de los macroproyectos es porque no tiene la capacidad técnica para hacerlo directamente, siendo así las cosas, resulta de sentido común pensar que el pretendido control que realizan las veedurías, juntas de acción comunal y demás organismos de participación ciudadana, resulta ser inocuo frente a actos de corrupción en la ejecución de los macroproyectos.

Frente a este problema qué hacer entonces, ¿qué actor o institución de la sociedad está llamada a dar luz frente al problema que representa para el desarrollo humano y sostenible de las comunidades, la complejidad técnico-científica del control de la contratación y ejecución de macroproyectos de infraestructura urbana?

2. Responsabilidad social de la universidad frente a la garantía de protección de los derechos humanos y el desarrollo humano y sostenible de la comunidad

Habiendo explicado el problema en la primera parte, en esta segunda parte se procederá a esbozar una alternativa o estrategia que contribuye a su solución, se propone entonces el estudio de la responsabilidad social universitaria frente a la responsabilidad extracontractual del Estado por la ejecución negligente de macroproyectos asociados con la gestión del riesgo.

Los antecedentes internacionales de investigación sobre el impacto económico, sociopolítico y cultural de los megaproyectos confirman que en general éstos tienden a favorecer el desarrollo de ciudades desiguales que profundizan la brecha entre ricos y pobres, toda vez que por su alto costo, por lo general, son diseñados y planeados para favorecer intereses de las fuerzas económicas del territorio, que son las que definen igualmente la financiación de campañas y las políticas de gobierno. Es así que los macroproyectos tienden a producir fenómenos de gentrificación y desplazamiento al interior de la ciudades (Díaz, 2009).

La comprensión de los macroproyectos es compleja porque su análisis debe implicar la complejidad económica, política, social, cultural, y jurídica del territorio, en ese sentido se debe analizar el rol del Estado, de los industriales, comerciantes, desempleados, grupos de población vulnerable, del sector solidario y todo sector de la población relevante para el desarrollo humano y sostenible de las comunidades. El estudio de la pluralidad de actores que deben participar en el diseño y ejecución de un macroproyecto es determinante por cuanto la forma como se dinamizan estas relaciones revela el potencial de mayor o menor impacto, positivo o negativo, que un macroproyecto puede generar en las comunidades.

Lo anterior implica que el análisis de un macroproyecto requiere el estudio de las políticas públicas mediante las cuales el gobierno busca materializar el o los planes de desarrollo que contemplan el macroproyecto, y esto debe hacerse articuladamente a

nivel local, regional y nacional; empeño que resulta sumamente complejo dada la multidisciplinariedad que implica el estudio de un plan de desarrollo en cualquiera de los 3 niveles. Como si fuera poco, las normas técnicas de calidad que deben seguir los macroproyectos, los estándares de garantía de protección de los derechos humanos y desarrollo sostenible vienen dados por convenios internacionales de orden comercial, económico y ambiental, además de verse obligados a cumplir las garantías que exige para la población el sistema internacional de protección de los derechos humanos, es decir, que la formulación y ejecución de los macroproyectos no sólo deben tener en cuenta las necesidades de desarrollo humano y sostenible del entorno nacional, sino que deben atender muchos requerimientos del contexto internacional, de ahí que la comprensión integral de un macroproyecto sea sumamente compleja.

La complejidad de los macroproyectos no viene sólo de la especialidad técnico científica que éstos tienen, también son complejos en su gestión social toda vez que por la magnitud de las obras que estos plantean se requiere contar con un amplio consenso social y político, porque estas mega obras en no pocas ocasiones implican reformas tributarias o contribuciones que afectan la economía de los ciudadanos, lo que hace que se genere gran desconfianza por parte de la ciudadanía frente la ejecución de los proyectos. Estos aspectos generan la politización de los macroproyectos, fenómeno que podríamos definir como la pretensión de manipular el consenso electoral, exagerando las virtudes del macroproyecto o satanizándolo, según la conveniencia política del momento. De ahí que se requiere la despolitización de los macroproyectos, es decir, se requieren actores sociales que generen confianza en los procesos de comunicación política que buscan la legitimación de los macroproyectos, ayudando a comprender a los ciudadanos que la solución que plantean las autoridades con el macroproyecto es necesaria y buena por sí misma, independientemente del gobierno de turno que la implemente y, por lo tanto, está por fuera del debate político (Lehrer y Laidley, 2006) Citado en Díaz Orueta, F. (2009).

3. Universidad, innovación social y desarrollo local

La innovación posee un vínculo con el desarrollo de la sociedad. Esta conexión implica actuar en un contexto donde se materializa un aprendizaje colectivo a través de la interacción de diversos agentes del sector público y privado que trabajan mancomunadamente en el intercambio de experiencias generadoras de enseñanzas, haciendo así más viable la innovación de productos, servicios y/o procesos (Formichella, 2005).

La Universidad está llamada a asumir un rol protagónico en el desarrollo local, constituyendo alianzas, redes o asociaciones para la atención de necesidades (pobreza, contaminación, entre otras) presentes al interior de la colectividad, originando innovación social y desarrollo local como resultado de acciones y gestiones en equipo generadoras de vínculos, conocimientos, aprendizajes, productos, estrategias, trabajos y recursos (Richer, 2005). El proceso de formación del profesional conlleva un desarrollo humano progresivo y constante, caracterizado por ser innovador y complejo de cara al avance de la comunidad.

Las Instituciones de Educación Superior no sólo deben reconocer y ajustarse a las nuevas realidades de su entorno y de las relaciones sociales, sino que también deben proporcionar innovación, sin olvidar que su labor se circunscribe en el desarrollo de la ciencia y su nexo con el desarrollo local, entendiendo que éste es más una estrategia sociopolítica que una económica, en consecuencia, se aconseja un esfuerzo que conjuga tres dimensiones traducidas en optimizar la gobernanza, el progreso económico y la confección de capital social (Gallicchio, 2004).

El profesional debe estar al servicio de la sociedad y conocer las circunstancias que lo rodean desde el plano económico, político, social y cultural, buscando constantemente la solución de problemas identificados y evidenciando los resultados del aprendizaje en su ejercicio profesional por medio de la innovación. Por su parte, las universidades no deben sólo acomodarse al entorno, sino que les asiste la obligación de investigarlo para alcanzar su transformación. Finalmente, la educación

del profesional debe estar a la par del adelanto tecnológico y el fortalecimiento de valores, además de ahondar esfuerzos para alcanzar una formación integral de la persona (Tornés, Rivera y Téllez, 2019).

El actuar solidario entre el gobierno, las empresas, organizaciones y universidades permite la producción y propagación de conocimientos, construyendo territorios innovadores. En el territorio se expresa la diversidad y pluralidad de una comunidad en la que convergen varios actores para su transformación. Las innovaciones no emergen sólo de las empresas, sino que el territorio incide en estos procesos. De esta forma, las universidades tienen la función de construir capacidades en los territorios, promover el encuentro de agentes y favorecer procesos de praxis (reflexión, acción y transformación), posibilitando el perfeccionamiento de las capacidades territoriales (Menardi, Tecco y López, 2016).

Conclusiones

La complejidad técnica de los macroproyectos, la necesidad de despolitizarlos y el alto impacto que éstos tienen en el desarrollo humano y sostenible de las comunidades apuntan a que sean las instituciones de educación superior las llamadas a asumir una responsabilidad social frente al tema, esto porque la universidad está obligada a generar nuevo conocimiento en beneficio de la comunidad, solucionando problemas que afecten el desarrollo humano sustentable. De manera que, ante la necesidad de comprender la complejidad de los macroproyectos, la universidad tiene la infraestructura necesaria para hacerlo, pero además tiene la responsabilidad de generar apropiación social de la comprensión de los proyectos de ciudad, habida cuenta de que por su magnitud impactan negativa o positivamente a los derechos humanos, el medio ambiente, las condiciones democráticas de gobernanza, el desarrollo local y, en general, el cumplimiento de los ODS.

En este sentido, el reto de las universidades es grande porque el consenso internacional y local conmina a las instituciones

de educación superior para que en todos sus procesos misionales, investigación, proyección y extensión se tenga presente la *educación para el desarrollo*, pilar fundamental para el cumplimiento de los ODS. De esta manera entonces, la universidad se ve socialmente comprometida a innovar socialmente para mantenerse al tanto de los debates ciudadanos que se presentan en torno a los problemas de formulación y ejecución de los macroproyectos, generando nuevo conocimiento del constante estudio de las dinámicas urbanas.

Finalmente, se presentan reflexiones que, sugeridas como acciones de responsabilidad social universitaria, deben tenerse en cuenta para que la comunidad pueda exigir la formulación y ejecución responsable de macroproyectos relacionados con la gestión del riesgo:

- La universidad debe mediar en los procesos de comunicación política, diseñando estrategias que *vulgaricen los macroproyectos de la ciudad*, es decir, que los haga comprensibles para las comunidades, que traduzcan el argot técnico, científico y disciplinar a un lenguaje común que facilite su apropiación social, permitiendo de esta forma que la comunidad participe activa y políticamente desde una planeación participativa y democrática de las obras.
- Los futuros profesionales del entorno local, llamados a ocupar los altos cargos de dirección y autoridad y determinar la formulación y ejecución de las políticas públicas para el desarrollo humano sostenible de las comunidades, se vienen formando de espaldas a los problemas de mayor impacto en su entorno local. En éste sentido, es conveniente que los macroproyectos sean vinculados en el currículo de estudio de las diferentes carreras que se ofertan en las universidades, así mismo el plan de ordenamiento territorial y los planes de desarrollo a nivel local y nacional.
- La falta de vinculación de la responsabilidad social universitaria con la planeación y ejecución de los macroproyectos de la ciudad facilita las prácticas de clientelismo y corrupción, porque

el desarrollo de la ciudad se convierte en un conocimiento privilegiado que sólo está al alcance de una élite, de manera que el presupuesto que debería ser destinado para el desarrollo de proyectos diseñados para mejorar la calidad de vida de los ciudadanos termina por ser estrategia de negocio puesta al servicio del interés particular.

- La falta de vinculación de la responsabilidad social universitaria con la planeación y ejecución de los macroproyectos de la ciudad facilita la vulneración de derechos humanos fundamentales por el déficit de control social efectivo de la gestión del riesgo.
- El aporte: Las universidades deben vincular el estudio de los macroproyectos de la ciudad al currículo, no tiene sentido que una institución de educación superior que se compromete institucionalmente a la formación profesional integral de un ciudadano no le brinde la oportunidad de interactuar por no conocer la planeación del desarrollo urbano de su ciudad, problemas de gran impacto socio-económico y ambiental de su comunidad y del desarrollo local.

Referencias Bibliográficas

- DÍAZ ORUETA, F. (2009). *El impacto de los megaproyectos en las ciudades españolas*. Hacia una agenda de investigación. *Estudios demográficos y urbanos*, 24(1), 193-218.
- FORMICHELLA, M. (2005). *La evolución del concepto de innovación y su relación con el desarrollo*. Argentina: INTA.
- GALLICCHIO, E. (2004). *El desarrollo local: ¿Cómo combinar gobernabilidad, desarrollo económico y capital social en el territorio?* Cuadernos del CLAEH, 27(89).
- GORBANEFF, Y., GONZÁLEZ, J. M., & BARÓN, L. (2011). *¿Para qué sirve la interventoría de las obras públicas en Colombia?* Revista de economía institucional, 13(24).

- MENARDI, M. A., TECCO, C. A., & LÓPEZ, S. R. (2016). *El rol de las universidades en la generación de capacidades territoriales para la innovación y el desarrollo*. *Administración Pública y Sociedad (APyS)*, (1), 73-84.
- RICHER, M. (2005). *Innovación social y desarrollo local en un municipio andino*. Cayapa. *Revista Venezolana de Economía Social*, 5(9), 50-64.
- STOTT, L., & RAMIL, X. (2014). *Metodología para el desarrollo de estudios de caso*. *Centro de innovación en tecnología para el desarrollo humano*. ITD, UPM.
- TORNÉS, A. N. D., RIVERA, J. Q. R., & TÉLLEZ, C. I. A. L. (2019). *Universidad e innovación en función del desarrollo local*. *Interconectando Saberes*.

Este libro se terminó de imprimir
en octubre de 2021,
en los talleres de la EDITORIAL ARETEUS
de la Universidad del Sinú,
Cartagena, Colombia.
Las tipografías utilizadas fueron
Catamaran, Noto Sans, Crimson Text
Arsenal y Roboto.

