REAL ALCANCE DEL DAÑO ANTIJURÍDICO[1]

ABREAL EXTENT OF UNLAWFUL DAMAGE

Iván Mauricio Fernández Arbeláez[2]

Recepción: Julio 15/2011 - **Aceptación:** Septiembre 5/2011

Resumen
El presente documento tiene por objeto dilucidar el real alcance del daño antijurídico a la luz de lo dispuesto en la Constitución Política, se contrastarán las diferentes definiciones que la doctrina ha construido en torno al mismo, también se analizarán los principales pronunciamientos jurisprudenciales y los antecedentes que se ventilaron al interior de la Asamblea Nacional Constituyente. El derrotero del ensayo es un análisis pormenorizado de cada uno de los elementos de la responsabilidad del Estado, desde la óptica del autor, con el fin de diferenciarlos frente a los conceptos de daño antijurídico y de imputación del mismo a una entidad pública. Posteriormente se define el daño antijurídico, conforme a lo expuesto líneas antes citadas y atendiendo los lineamientos trazados en la Asamblea Nacional Constituyente; a partir del concepto de daño antijurídico, se precisará el alcance de dicho concepto al momento de dilucidar casos de responsabilidad del Estado, con un fuerte énfasis en la situación de la víctima, más que en la licitud o ilicitud de la conducta que se le atribuye a la entidad pública demandada. Finalmente, se establecerán unas conclusiones muy puntuales, con un objetivo más académico que dogmático, ello con la intención de abrir un debate académico sobre el tema.

Palabras clave
Carácter directo del daño, Imputación, Nexo causal, perjuicios, Posición de garante, Responsabilidad, Título de imputación

Abstract
This paper aims to clarify the real extent of unlawful damage by the light of the Constitution previsions; different definitions that the doctrine has itself built will be contrasted; also the legal pronouncements and records of the National Constituent Chamber will be analyzed. The essay timetable is a detailed analysis of every element of the responsibility of the State, from the author´s perspective, in order to differentiate them from the concepts of unlawful damage and its imputation to public entities. Thereafter a definition of unlawful damage is given, as it´s been outlined above, taking into account the National Constituent Chamber guidance, based on the concept of unlawful damage, its scope will be specified when elucidating cases of the responsibility of the State, with a strong emphasis on the victim´s situation, rather than the lawfulness or unlawfulness of the behavior attributed to the sued public entity. Finally, conclusions will be specifically established, targeting the academic field more than the dogmatic field, with the intention of opening an academic debate on the subject.

1 *Artículo resultado de la investigación: "Daño antijurídico a la luz de la Constitución Política", desarrollada en la Universidad La Gran Colombia - Seccional Armenia, al interior del Grupo de Investigación de Derecho Público.*

2 *Docente Investigador, Facultad de Derecho y Ciencias Política de la Universidad La Gran Colombia Seccional Armenia. Integrante del Grupo de Investigación Administración y Servicio de Justicia. Armenia. lmaofa@hotmail.com. Colombia.*

Key words
Direct nature of damage, claim, Causation, Damages, guarantor´s character, Liability, Title imputation.

Introducción

El concepto de "daño antijurídico" ha generado una confusión ostensible en la doctrina y la jurisprudencia, situación que ha afectado de manera preocupante la dogmática de los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado; por tal motivo nos encontramos en la inmensa necesidad de sentar nuestro punto de vista sobre el particular. En tal sentido algunos definen el daño antijurídico como aquella lesión patrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar[3] (Gil, 2010: 125)[1], otros consideran que el daño antijurídico es aquel que se subsume en cualquiera de los regímenes de responsabilidad existentes -v.gr., falla del servicio, teoría del riesgo, teoría del daño especial o de la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, enriquecimiento sin causa, abuso del derecho, perturbación de vecindario, etc. (Henao, 2000: 65)[2]. Otro sector de la doctrina y la jurisprudencia lo considera como el fundamento del deber reparatorio en cabeza del Estado[4].

Al analizar de manera exhaustiva las definiciones referenciadas en el párrafo anterior, se observa que dichos conceptos abordan perspectivas diferentes que pueden generar conclusiones erróneas, tales como: la responsabilidad extracontractual del Estado siempre es objetiva, el elemento daño es igual al concepto de daño antijurídico, el daño antijurídico es al mismo tiempo un evento fáctico y un concepto jurídico, etc. Como consecuencia, los elementos propios de configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado se confunden y, por tanto, se entorpece la resolución de las controversias en este campo del derecho contencioso administrativo; lo relevante en este fenómeno constituye parte integral del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia.

En atención a la problemática esbozada en el párrafo anterior, es menester advertir que en este ensayo la tesis a argumentar está enunciada en el hecho, según el cual: el daño antijurídico es un concepto jurídico y no un evento fáctico, aunado al hecho de que no se trata de uno más de los elementos propios de la responsabilidad extracontractual del Estado, sino del resultado o producto de la configuración de tales elementos al interior de un régimen de responsabilidad determinado.

El presente documento también se fundamentará en la utilidad práctica de dicho concepto, y considerar con ello que todos los regímenes de responsabilidad tienen

---

3 La noción de daño antijurídico es invariable cualquiera sea la clase (contractual o extracontractual) o el régimen de responsabilidad de que se trate; consistirá siempre en la lesión patrimonial o extramatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar.

4 La Corte Constitucional ha entendido el daño como fundamento del deber de reparación estatal en la sentencia C-333 de 1996.

el mismo talante, es decir, la llamada falla del servicio, ya no es la regla general, sino que, por el contrario, el Juez está obligado, de conformidad a la teoría del caso y en ejercicio del principio iura novit curia, a aplicar el régimen de responsabilidad que considere pertinente para el sub judice, sin detenerse en calificar la conducta de la administración pública como lícita o ilícita, en el evento de que el juzgador considere que en el caso concreto es necesario utilizar un régimen objetivo. Esto es de una importancia ostensible para las víctimas, dado que es sabido que los regímenes de responsabilidad objetivos resultan más beneficiosos para los perjudicados, toda vez que al interior de los mismos no se rompe la imputación demostrando diligencia y cuidado.

Buscar fallas del servicio en casos que de conformidad con la jurisprudencia deben ser tratados bajo un régimen objetivo, es correr el riesgo de exonerar al Estado por diligencia y cuidado, en perjuicio extremo para la víctima, sin detenerse a pensar que, tal como se observará, el concepto de daño antijurídico deviene de sostener que lo importante es la situación del perjudicado y no el análisis jurídico del comportamiento dañino.

Materiales y métodos

De lo discurrido en la introducción se infiere que el tema se centra de manera directa e indiscutible con los elementos propios de la responsabilidad del Estado, por ende, y con el objeto de trazar un derrotero a seguir para el desarrollo del presente ensayo, éste se dividirá en cada uno de los elementos de la responsabilidad del Estado; desde nuestra óptica y al interior de cada uno de los mismos, se harán las precisiones pertinente en torno a las posiciones que desde nuestro punto de vista se encuentran equivocadas, precisamente por tenerse un concepto de daño antijurídico que a nuestro modo de ver es erróneo.

Como corolario, en primer término se abordará el elemento daño, luego se estudiará el comportamiento dañino, posteriormente se analizará la imputación, seguidamente se analizará el nexo causal y finalmente se observarán los perjuicios y el carácter directo del daño. Se advierte al lector que el orden anotado es el mismo que, salvo mejor opinión, debe seguir el Juez al momento de resolver un caso de responsabilidad extracontractual del Estado, previa definición, obviamente, del régimen de responsabilidad que se utilizará para resolver el asunto concreto. Una vez se diluciden cada uno de los elementos anotados, pasaremos a puntualizar el concepto de daño antijurídico y, finalmente, a establecer el alcance que el mismo denota dentro de la dogmática de la responsabilidad extracontractual del Estado.

El daño antijurídico

Posterior al proceso mediante el cual el Juez precisa cual es el régimen de responsabilidad que va a utilizar para resolver el caso concreto, procede a acometer el elemento daño, empero, no como un concepto jurídico, sino como una simple

verificación fáctica del acaecimiento de un hecho trágico a través de la valoración probatoria pertinente. El profesor Francis P. Benoit define el daño de una manera acertada desde nuestro punto de vista en los siguientes términos:

> el daño es un hecho: es toda afrenta a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad, o de una situación. El perjuicio lo constituye el conjunto de elementos que aparecen como las diversas consecuencias que se derivan del daño para la víctima del mismo. Mientras que el daño es un hecho que se constata, el perjuicio es, al contrario, una noción subjetiva apreciada en relación con una persona determinada (Henao, 2000: 76-77).[3]

De conformidad con el aparte doctrinal transcrito, el daño es un hecho que se constata de manera objetiva, es un evento fáctico que constituye una afrenta a la integridad de una cosa, una persona, una actividad o una situación. Este concepto de daño también ha sido considerado como daño evento o daño en sentido genérico, para diferenciarlo del concepto de daño consecuencia o daño indemnizable, dado que el primero hace referencia a un evento trágico, en tanto que el segundo se refiere a los perjuicios que se generan como consecuencia de ese hecho trágico. En otras palabras, bajo nuestro punto de vista los conceptos de daño y perjuicio pueden confundirse. La doctrina ha aclarado este punto en los siguientes términos:

> La revisión de la doctrina más recurrida permite advertir, con facilidad, que una es la noción general de daño y otra la de daño indemnizable, sea que esta se presente explícitamente o que resulte del análisis de las situaciones concretas a las que se hace referencia. Por esta razón y teniendo en cuenta que el objeto de este trabajo lo constituye, sin duda, el daño indemnizable, es importante anotar que, en mi opinión, mientras el primero podría definirse como la lesión a un interés legítimo -concepto que me parece más apropiado que el referido a la lesión de un bien jurídico o de un derecho subjetivo-, el segundo está determinado por las consecuencias o el resultado de esa lesión (McAusland, 2004: 14).[4]

Aunque compartimos lo expuesto en el aparte doctrinal trascrito en lo atinente a la diferenciación entre daño en general y daño indemnizable, definir el daño como la lesión a un interés legítimo no es apropiado, dado que aquí sólo se constata la muerte, la lesión física, la destrucción parcial o total de la cosa, la imposibilidad de elegir algo (como en el caso de la falta de consentimiento informado en materia médica), la presunta mentira publicada (como en el caso de publicaciones difamatorias), etc.. En otras palabras, aquí el juzgador sólo se debe preocupar por el acaecimiento o la existencia de la lesión, dado que el aspecto del interés legítimo se estudia en dos momentos: cuando se mira la legitimación en la causa por activa y cuando se analiza cada uno de los perjuicios acaecidos como consecuencia del daño. En efecto, en relación con la muerte del padre, sólo se evidencia si el hijo está legitimado para acceder a una eventual reparación, si acredita su relación de

consanguinidad con el occiso y, además, con el estudio de cada uno de los perjuicios se observa, si el hijo es titular o no de un interés defensable por el ordenamiento jurídico, por ejemplo: si se trata de la muerte de un narcotraficante, es evidente que en lo atinente a los daños inmateriales se observa un interés legítimo; sin embargo, no se podría predicar lo mismo del lucro cesante, dado que éste tendría su génesis en el enriquecimiento ilícito.

Teniendo en cuenta lo expuesto en el numeral anterior, es evidente que quienes definen el daño como una lesión a un interés legítimo, confunden el daño con los perjuicios que este ocasiona, dado que, conforme a lo dicho, estos últimos sólo se observan con relación al perjudicado, por ende, nada tiene que ver esto último dentro del ámbito del daño, el cual se aprecia sin relación alguna a persona aminorada patrimonialmente como consecuencia del mismo, es una simple constatación objetiva de un hecho trágico; como corolario, no compartimos la tesis expuesta por el Dr. Enrique Gil Botero, quien considera que el carácter personal del daño (Gil, 2010: 127 - 128)[5] es un requisito para poder establecer la existencia del daño, así:

> En consecuencia, este presupuesto del daño se encuentra asociado con la acreditación de la titularidad del interés que se debate al interior de la obligación resarcitoria; por consiguiente, el carácter personal es una condición de existencia del daño y un elemento en su configuración, toda vez que permite definir si la parte reclamante ha sufrido una afectación en su patrimonio o en los bienes, derechos e intereses legítimos que lo desbordan, a efectos de determinar si se presentó la lesión, afectación o aminoración reclamada (Gil, 2010: 128).[6]

En contraposición a lo expuesto en el aparte doctrinal trascrito, la legitimación en la causa por activa es un asunto que el Juez aborda antes de determinar cual es el régimen de responsabilidad a aplicar para resolver el caso concreto . En otras palabras, el daño no tiene nada que ver con su carácter personal, dado que el mismo se refiere al perjudicado. Así mismo, los perjuicios son el último acápite que toca el fallador antes de concluir que se produjo un daño antijurídico, específicamente en el tópico de perjuicios y carácter directo del daño, por ende, tampoco es un asunto que se analice en el daño como simple evento fáctico. Aquí sólo se constata, si se presentó una lesión, un evento trágico; por ningún motivo se observa la legitimación en la causa por activa o se analiza la tipología del perjuicio.

---

5 *Hace referencia a la legitimación, esto es, a quién tiene derecho a reclamar la reparación, y la tendrá quien ostente la calidad de perjudicado, con el hecho dañoso, independientemente de la consanguinidad, afinidad u otros factores. Por ejemplo: Se debe tener por madre a quién figure como tal en el registro de nacimiento, sin que medie reconocimiento materno o declaración judicial, toda vez que la autoridad respectiva asienta el registro con el hecho del parto (arts. 103 y 105 del Decreto 1260 de 1970). Así lo ha hecho saber el Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia del 5 de diciembre de 2005, expediente 15.242.*

6 *Gil Botero, Enrique, Responsabilidad Extracontractual del Estado, Editorial Ibáñez, 2010, página 128.*

Es importante acotar que en este aspecto se toca a la víctima como persona natural o jurídica que recibió directamente el impacto dañoso no como perjudicada, es decir, se observa quién murió, quién resulto lesionado físicamente, a quién se le coartó su posibilidad de decidir, a quién se le vulneró su intimidad; aún más, bajo esta tesis en ocasiones es irrelevante establecer a la víctima, precisamente cuando se trata del daño de cosas materiales, es decir, poco importa quién es el dueño de la cosa deteriorada , pues lo único que interesa es, por ejemplo: establecer la destrucción parcial o total de la casa, la inmovilización del automóvil, la lesión o muerte de la mascota, etc, empero, en ningún caso se mira quién o quienes son los perjudicados o se cuantifican perjuicios con relación al mismo o a los mismos; por ejemplo: del muerto nunca se puede predicar que es perjudicado y si la víctima lo es por una lesión física, al analizar el daño como evento fáctico, poco importa el lucro cesante, el daño emergente, los perjuicios morales o el daño a la vida de relación que ella sufre como consecuencia de dicha lesión (Gil, 2010: 312).[7]

En el mismo sentido expuesto en los párrafos anteriores, se puede afirmar que el carácter cierto del daño, tampoco hace parte del elemento daño como evento fáctico, habida cuenta que, tal como ocurre con el carácter personal del daño y carácter directo del daño, es un aspecto que tiene que ver con los perjuicios, específicamente con la posibilidad de reconocer perjuicios que se prolongan o no en el tiempo. (Gil, 2010: 129 - 130).[8] Ahora bien, la doctrina no solo ha confundido el daño como evento fáctico con los caracteres del daño que son propios de la valoración de perjuicios, sino que incluso ha involucrado dentro del concepto daño la causa material del daño, es decir, el nexo causal físico o la ligadura conforme a las reglas de la naturaleza de causa a efecto. Veamos:

Esa relación en el derecho, tradicionalmente llamada causalidad física, no puede seguir siendo la base del sistema, ni elemento autónomo, ya que es parte estructural del daño al posibilitar su existencia en la alteración o conformación mejor de una realidad, cosa diferente es la posibilidad de atribuir ese daño al obrar o no del sujeto, lo que constituye la imputación en sentido jurídico; más aún hoy día en que se habla de la crisis del dogma causal en las ciencias de la naturaleza, lo que ha

---

7 *En comunión con esta hipótesis se encuentra la ley. En efecto, el artículo 6° de la ley 1395 de 2010, el cual modificó el inciso final del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, le dio a la falta de legitimación en la causa el talante de excepción previa. Así las cosas y bajo el entendido de que las excepciones previas propuestas en la contestación de la demanda, al interior de la jurisdicción contencioso administrativa, se resuelven en la sentencia, tales excepciones deben acometerse como un capítulo preliminar de los considerandos del fallo, dado que, en caso de que se configure alguna de ellas, el Juez no podría emitir pronunciamiento de fondo de manera parcial o total, según el caso, salvo si se considera que la legitimación en la causa es un requisito para dictar sentencia favorable.*

8 *Asunto propio de la legitimación en la causa por activa.*

permitido la conceptualización y desarrollo de criterios como el de la imputación objetiva y el deber de cuidado en el campo jurídico, desde luego (Gil, 2010: 127).[9]

Es importante anotar que la causa material del daño hace parte del nexo causal junto con el juicio de adecuación ex ante a dicha causa material, tal como se explicará más adelante, por tanto, es desde nuestra óptica, un error involucrarla dentro del concepto daño como evento fáctico. Consideramos que todas las confusiones que desde nuestro parecer se han venido explicando a lo largo de esta primera parte del ensayo, no son más que el resultado de equiparar un hecho, como es el daño, con un concepto jurídico como lo es el daño antijurídico, y no pueden ser equiparados por la sencilla razón de que los hechos no pueden ser calificados como jurídicos o antijurídicos, lo que se califica como tal, son los comportamientos que las personas realizan, los cuales pueden estar acordes o no al ordenamiento jurídico superior. En este sentido se ha pronunciado la doctrina en los siguientes términos:

La noción de daño es pre-jurídica, se trata de un dato, de un antecedente, a partir del cual se podrá hacer o no hacer un juicio de responsabilidad, según las circunstancias particulares de su origen. En otras palabras, en sentido estricto, el daño no es ni jurídico ni antijurídico; es, apenas, la mutación de un estado de cosas, el desmejoramiento o destrucción de una condición óptima o favorable, sea que provenga de un hecho natural o de un hecho humano. A partir del concepto de daño, tomado como tal, de manera aislada, es imposible definir si quien lo sufrió debe o no soportarlo. En palabras de Fernando Hinestrosa: "Sólo una vez acreditado el daño puede seguirse escuchando a ese reclamante, quien lo que pretende es el daño establecido ya, sufrido por él en uno o varios intereses legítimos, que lo está afectando, que recaído sobre su ser o su patrimonio con determinadas consecuencias pretende que sea trasladado, o mejor esas consecuencias sean trasladadas a una esfera jurídica ajena. No tengo por qué soportar estos efectos del accidente, nocivos para mí, debe soportarlos usted en todo o en parte, y es donde se plantea la pregunta: ¿por qué?, ¿en razón de qué, usted no soporta su daño, sino que quiere trasladar las consecuencias a otro sujeto?, usted me demanda a mí en razón de que yo debo cargar con lo que a usted le ocurrió, ¿por qué? Entonces la respuesta será: o porque es deudor mío y me ha incumplido, o porque usted chocó conmigo, me causó ese daño y me lo causó en circunstancias que con arreglo a la ley vinculan

9 *Sin perder de vista el ejemplo que se expone, vemos como la doctrina confunde los conceptos de daño y perjuicios cuando trata de traer a colación una nueva tipología del perjuicio inmaterial, pues señala que se debe indemnizar la lesión en sí misma y no sus consecuencias, así: "Así las cosas, considero que la jurisprudencia nacional ha restringido la posibilidad de indemnizar daños en sí mismos, para concentrarse en las manifestaciones externas, relacionales o sociales que desencadena el daño, circunstancia que limita ampliamente la reparación integral de todos los derechos, bienes, intereses constitucional o legalmente protegidos, y de manera adicional, radica un problema de tipo lógico y práctico, en tanto puede conllevar a que ciertos perjuicios que pertenecen a la órbita interna del sujeto queden por fuera de la tutela judicial".*

su responsabilidad, lo hacen a usted deudor de la prestación indemnizatoria" (Varios escritores, 1983: 680 - 681)[10] la secuencia lógica: daño, imputación física (relación de causalidad) e imputación moral (culpabilidad, si la ley, o los jueces, por razones políticas, consideran necesario hacer un juicio de valor sobre la actuación que dio origen al perjuicio). Pero cualquiera que sea el caso, lo cierto es que el calificativo de jurídico o antijurídico sólo puede estar referido al comportamiento causante del daño, y no al daño en sí mismo considerado (Navia, 2000: 227).[11]

Otra razón que puede haber dado lugar a que se generen todas las confusiones que se han examinado en este acápite, es la tesis doctrinal, según la cual: los únicos elementos que se deben configurar para que se pueda declarar responsable al Estado son el daño antijurídico y la imputación de este a una entidad pública, a la luz de lo contemplado en el artículo 90 de la Constitución Política (Gil, 2010: 118).[12] Tal argumento ha generado que el daño antijurídico se considere como un concepto genérico dentro del cual caben la legitimación en la causa por activa (carácter personal del daño), la tipología del perjuicio, la posibilidad de reconocer perjuicios futuros (carácter cierto del daño), la causa material del daño, el daño como causa eficiente de los perjuicios (carácter directo del daño), entre otros aspectos; situación que redunda en una mezcla de tópicos que va en detrimento de la sindéresis y claridad de la parte motiva de las sentencias de responsabilidad y que puede finiquitar en una denegación de justicia por confusión de conceptos.

Se advierte que en nuestro concepto el daño antijurídico no es un hecho, sino un concepto jurídico, que no puede ser considerado como un elemento propio de la responsabilidad del Estado, dado que, llanamente, es el resultado de la aplicación de los elementos de la responsabilidad del Estado dentro de determinado régimen de responsabilidad, tal como se

---

10 La doctrina señala que este aspecto del daño permite constatar que el perjuicio sea pasado, presente o futuro, y habrá certidumbre del mismo cuando aparezca con evidencia que produjo o producirá una disminución o lesión material o inmaterial en el patrimonio de quien lo sufre, es decir, no podrá ser resarcido lo eventual, hipotético o posible. Por ejemplo: cualquiera que sea la edad de la víctima, y aunque no esté laborando al momento del accidente, frente a la pérdida de la capacidad laboral o merma de la misma por razones de justicia debe reconocerse el perjuicio con proyección a partir del momento de la plena capacidad laboral, que en caso del menor de edad será a partir de los 18 años hasta la vida probable, tomando como parámetros las máximas de la experiencia.

11 Aclaración de voto a la sentencia proferida el 18 de diciembre de 2008, expediente 15.737, proferida por la sección tercera del Consejo de Estado.

12 2.1 La Sala parte, en este caso implícitamente, del reconocimiento de que son varios los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual del Estado, los cuales serian, a saber: i) daño antijurídico, ii) hecho dañoso, iii) nexo causal y, en algunos casos, iv) imputación. 2.2 La anterior estructura conceptual, en mi criterio, desconoce los postulados sobre los cuales se fundamenta la responsabilidad del Estado a partir de la Carta Política de 1991, en tanto el artículo 90 del estatuto superior estableció sólo dos elementos de la responsabilidad, los cuales son: i) El daño antijurídico y, ii) la imputación del mismo a una autoridad en sentido lato o genérico". Aclaración de voto del Consejero Enrique Gil Botero, del 18 de diciembre de 2008, expediente 15.737.

advirtió al inicio de este ensayo. Otro tanto se puede expresar de la imputación del daño antijurídico a una entidad pública, pues dicha imputación se traduce en el deber reparatorio, que sólo surge cuando los elementos de la responsabilidad del Estado se configuran. Como corolario, esta imputación no se puede equiparar al elemento imputación constitutivo de la responsabilidad, dado que esta última es la posibilidad de referir un comportamiento a la conducta humana. Cómo se precisará más adelante, en ningún caso el constituyente se refirió a los conceptos de daño antijurídico y de imputación del mismo a una entidad pública, como elementos estructurales de la responsabilidad del Estado, simplemente se constituyen en el deber reparatorio en cabeza del Estado.

Como conclusión a este primer punto se esgrime el siguiente argumento: el daño es un evento, es un hecho, es un acontecimiento, si se quiere trágico, no obstante, en ningún momento puede ser catalogado como jurídico o antijurídico, dado que es simplemente un insumo o un dato que se acredita, nada más. Lo que se califica como jurídico o antijurídico es el comportamiento, el cual sí puede ser analizado frente a la normatividad que regula la conducta. Por otro lado, el daño es un hecho a probarse, no un concepto jurídico predicable del daño antijurídico o del daño indemnizable, por ende, cuando se analiza el primero, es un error acometer asuntos como la legitimación en la causa por activa, la tipología del perjuicio, el interés lícito de los perjudicados, la causa material del daño, el carácter directo del daño, entre otros aspectos, pues se genera una confusión que convierte al daño antijurídico en un elemento omnipotente frente al cual cabe cualquier cosa. Se reitera, que el Juez tiene la obligación de verificar si se probó el daño como evento, como primer paso cuando acomete un caso de responsabilidad y, luego si podrá continuar analizando los otros elementos a la luz del régimen de responsabilidad escogido.

El comportamiento dañino

El comportamiento administrativo dañino constituye la actividad o la omisión dañina que realiza la administración pública, por tanto, sin la presencia de tal actividad u omisión sería impensable pensar en responsabilidad, toda vez que se requiere del comportamiento dañino para poder imputarlo a una entidad pública y considerarlo como causa eficiente del daño. Sobre la necesidad de la presencia debidamente acreditada en el expediente de este segundo elemento de la responsabilidad, el profesor Javier Tamayo Jaramillo expresa:

> En la responsabilidad civil es esencial que haya un comportamiento mediato o inmediato del responsable. Ello es válido tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual. Bien vistas la cosas, sin que haya una conducta activa u omisiva de por medio, la responsabilidad civil es impensable. Incluso, toda responsabilidad normativa, bien sea jurídica, moral o religiosa, supone

siempre un comportamiento activo u omisivo del obligado. (Varios escritores, 1999: 171-172)[13]

Ahora bien, es menester precisar en este punto que al analizarse este elemento de la responsabilidad del Estado, éste no se califica como jurídico o antijurídico, pues este es un asunto que atañe a la imputación, específicamente al título de imputación o, como dirían los estudiosos de la imputación objetiva, a verificar si se creó o no un riesgo desaprobado. En otras palabras, aquí no se responde al cuestionamiento: ¿por qué se debe atribuir el comportamiento dañino a la entidad pública?, situación que opera cuando se analiza el título de imputación, pues allí se argumenta si dicha atribución se hace bajo la óptica de una falla del servicio o de una falla presunta del servicio o de un daño especial o por la creación de un riesgo excepcional, etc... Por tanto, y en esto se parece este acápite a lo dicho cuando abordamos el daño, el comportamiento dañino es otro asunto, que el Juez verifica si se presentó o no con base en los medios probatorios contemplados en la ley; pero en esta instancia no lo califica como una falla en el servicio o como una conducta lícita. Así las cosas, el Juez sólo verifica si el comportamiento aconteció, sin que en este momento arguya si es reprochable o no.

La imputación

La doctrina ha definido la imputación de la siguiente manera: "atribución jurídica de un daño causado por uno o varios hechos dañinos, atribuido o aplicable a una o varias personas que, por tanto, deberán en principio repararlo". (Henao, 2000: 160)[14] Sin perder de vista lo anterior, se tiene entonces que, según la anterior definición se trata de una atribución jurídica y no meramente física a una entidad pública, del comportamiento dañino que finalmente ocasionó el daño. Como corolario cobra importancia el concepto de atribución jurídica, tal como lo explica el profesor Juan Carlos Henao en los siguientes términos:

---

13 *El Dr. Jorge Fernando Perdomo Torres explica este deber en los siguientes términos: "A la persona facultada para administrar una esfera de organización o para disponer de un objeto se le imponen mandatos de control sobre el peligro, con el fin de proteger la vida, la salud, la propiedad, etc., de otras personas; se trata de la evitación de acontecimientos o sucesos concretos que pueden generar daños". Posición de garante en virtud de confianza legítima especial.*

14 *Los deberes positivos trasciende el marco individual desde una perspectiva de libertad normativa institucional, es decir, derechos y deberes positivos pero pensando en los derechos y deberes positivos del otro, dentro de una dinámica de pacto comunitaria concreta: el Estado, la Familia y relaciones sociales análogas, obviamente sin olvidar los deberes individuales de carácter negativo (aseguramiento en el tráfico, injerencia y asunción). El profesor JORGE FERNANDO PERDOMO TORRES cita al tratadista PAWLIK, quien describe esta visión de la estructura básica de la sociedad en los siguientes términos: "sólo aquél que en su comportamiento demuestra que acepta vincularse a las reglas de conducta fundamentales en su sociedad, (puede) esperar de esa sociedad la libertad de acción necesaria. El que disiente radicalmente no puede sorprenderse cuando sea tratado, ya sea como enemigo, o como un enfermo mental, un precio que sólo deberían estar dispuestos a pagar muy pocas personas".*

> Se trata de una atribución jurídica y no necesariamente material. Es decir, se puede imputar un daño a una persona tanto por el hecho de causar directamente el daño como por permitir que se causara. El punto es de importancia en el tema que nos ocupa porque, como se verá, la responsabilidad del Estado puede provenir también de hechos omisivos que se le imputen. (Henao, 2000: 160)[15]

Sin embargo, a pesar de lo expuesto en los apartes doctrinales transcritos, dicha definición resulta confusa dado que mezcla el nexo causal con la imputación, veamos:

- Cuando se señala en la definición anterior que la imputación es una atribución jurídica de un daño causado por uno o varios hechos dañinos, en realidad se refiere al nexo causal y no a la imputación propiamente dicha. En efecto, la ligadura que existe entre el daño y el comportamiento o comportamientos dañinos (hechos dañinos según la definición que se comenta), es lo que se conoce como nexo causal y no como imputación, tal como se explicará en el próximo acápite de este ensayo.
- Lo que se le atribuye a las entidades a quienes se les acusa de haber ocasionado el daño es los comportamientos dañinos y no el daño como tal. En es decir, es del comportamiento dañino que se infiere, si el mismo es del ámbito competencial del presunto responsable y, si tal comportamiento se realizó o no de una manera diligente o adecuada o constituyó una actividad u omisión que alteró el equilibrio de las cargas públicas o generó un riesgo que no debía asumir la víctima.
- La imputación es un concepto que se refiere a la posición de garante y al título de imputación, por tanto, la definición que se critica permanece huérfana frente a estos dos conceptos. Es decir, cuando se busca construir la imputación en un proceso de responsabilidad extracontractual del Estado se debe dar respuesta a estas dos preguntas: ¿a quién se debe atribuir el comportamiento dañino? y ¿por qué se le debe atribuir el comportamiento dañino?

Ahora bien, la doctrina nacional ha explicado con claridad el ámbito complejo de la imputación al señalar que la misma responde a la posición de garante (quién debe responder) y al título de imputación (por qué debe responder), veamos:

> Debe existir indiscutiblemente un título de imputación que permita dar respuesta al "quién debe responder". La imputación significa una reelaboración gnoseológica jurídica sobre la causalidad, pero no es la causalidad misma, va más allá entendida como "imputatio factis" que no sólo obedece al criterio de la vinculación -no necesariamente física, pudiendo obedecer a criterios normativos o jurídicos-, sino que igualmente apareja la aplicación de justicia material deducible para el caso, bien a través de los factores subjetivos u objetivos, lo que

---

15 Aclaración de voto del Consejero Enrique Gil Botero, del 18 de diciembre de 2008, expediente 15.737.

> cubre la totalidad de los regímenes y criterios de responsabilidad, y que correspondería a la imputatio juris, quedando así conformada a satisfacción la imputación plena. (Gil, 2010: 343)[16]

De lo referenciado se infiere una concepción compleja del elemento imputación, sin embargo, nos muestra un conato de confusión, dado que circunscribe la imputatio factis por él denominada, a la causalidad física, por regla general, lo cual es incorrecto, pues la posición de garante siempre es normativa, es decir, con ella se busca descubrir un deber que vincule al presunto responsable con el comportamiento dañino. En otras palabras, cuando se busca evidenciar quién debe responder se trata de sacar a la luz la persona natural o jurídica que tenía el deber de administrar su comportamiento de tal manera que no produjera un daño (Perdomo, 2008: 190-191)[17], deber o norma social que puede surgir de la organización de la sociedad (deberes negativos: aseguramiento en el tráfico, injerencia o asunción) o de instituciones particulares que componen esa misma sociedad (deberes positivos: familia, estrechas comunidades de vida, principio de confianza legítima especial, Estado, etcétera). (Perdomo, 2008: 209)[18] Por su parte, el profesor Juan Carlos Henao considera que la imputación sólo se debe circunscribir a dar respuesta al cuestionamiento de quien debe responder, dejando de lado el título de imputación o fundamento que precisamente busca señalar por qué se debe responder en el caso concreto. Esta concepción la expone el connotado profesor al criticar la doctrina española, en los siguientes términos:

> Así las cosas, podemos observar que para el profesor García de Enterría la noción de Lesión o perjuicio Antijurídico es de naturaleza objetiva, puesto que no supone el estudio de una antijuridicidad subjetiva, sino simplemente observar si el patrimonio lesionado tenía o no el deber jurídico de soportar el daño. Para saber si se debe o no soportar dicho daño, el intérprete debe buscar causas que justifiquen su producción -ley o causales exonerativas-. En caso de no encontrarlas, el daño seguirá siendo antijurídico. Sin embargo, y es quizás el problema de la construcción teórica del tratadista español, el daño antijurídico en sí mismo no

---

16 *No quiere decir lo expuesto que la nueva dogmática de la responsabilidad vaya en contra de los lineamientos de Kant o Kelsen, lo que significa es que los criterios naturalísticos o del ser expuestos por tales filósofos del derecho para explicar el nexo causal, se reducen a la causa material del daño, dejando el componente del juicio de adecuación al mundo jurídico o del deber ser y propio del nexo causal en la concepción que se propone en este escrito.*

17 *Es un juicio ex ante porque el Juzgador especula sobre cuál fue el comportamiento dañino que desató la causa material del daño. En otras palabras, el juez se coloca antes de la producción del daño y trata de descubrir bajo la lupa de las teorías de la causalidad, que provocó que la causa material del daño ocasionara el efecto dañino productor de los perjuicios que se persiguen indemnizar.*

18 *Expone la doctrina que "En efecto, en algunas oportunidades, en premisa teórica que nosotros compartimos, afirma que la prueba del nexo causal no es absoluta y que dadas ciertas circunstancias, el juez puede darlo por probado, a partir de ciertos indicios que dan un alto margen de probabilidad".*

> es fundamento de la reparación, puesto que por sí solo no explica el deber reparatorio. Se debe recurrir obligatoriamente, como lo hemos visto, a la imputación que se presenta a través de cualquiera de las cuatro causas que ya hemos reseñado, confundiéndose el fenómeno del fundamento con el de la imputación. A diferencia del derecho francés, el autor estudia la falla del servicio, la teoría del riesgo, el daño especial, etc., bajo el capítulo de imputación y no de fundamento, No se debe olvidar que mientras el fundamento responde a la pregunta de "por qué se debe responder", la imputación responde a la pregunta de "quién debe responder". Es así como la definición del profesor permite tan solo afirmar que un patrimonio sufrió un daño no justificado por el ordenamiento jurídico, en la medida en que, como ya lo afirmaba la Ley Aquilia, "el daño sea causado sin que la ley autorice a cometerlo". (Henao, 1996: 775)[19]

Aunque el planteamiento anotado, desde nuestro punto de vista simplifica, de manera desafortunada, el elemento imputación, podría pensarse que es un simple problema de dogmática jurídica: ¿Qué más da si el fundamento reparatorio se estudia cuando se aborda el elemento imputación o en un momento posterior?; empero, la situación no es tan sencilla, dado que el profesor Henao en su concepto de imputación no deja claro si el mismo aborda tópicos como la posición de garante, la mera causalidad física o material o el juicio de adecuación que une la causa material del daño con el comportamiento dañino, o si la posición de garante no tiene nada que ver en este asunto y debe estudiarse en el fundamento, confundiéndose entonces el nexo causal con el elemento imputación.

Por otro lado, cuando buscamos absolver el cuestionamiento del por qué se debe responder, aplicamos la dogmática del régimen de responsabilidad escogido para resolver el asunto, al caso concreto. En otras palabras, al iniciar los considerandos de la providencia el Juez anuncia cual es el régimen de responsabilidad que va a utilizar para resolver el caso específico, empero, en dicho momento no lo desciende al sub judice, es decir, no realiza el proceso de subsunción entre el dogma jurídico y el evento acaecido, el cual se materializa en la imputación. En efecto, es aquí donde se explicará por qué el comportamiento dañino constituye una falla del servicio o por qué el comportamiento dañino excedió las cargas públicas que la víctima debía soportar, produciendo un daño anormal o especial o por qué generó un riesgo jurídicamente desaprobado que alteró las cargas públicas. Así mismo, es aquí donde el Juzgador estudia los argumentos defensivos propios de la diligencia y cuidado que sostenga la parte demandada en su contestación de la demanda, esto es: que se actuó con pericia, diligencia o prudencia, o en ejercicio de un deber legal, o por

19 *Explica la doctrina que " de acuerdo con dicha teoría, todos los fenómenos que participaron en la cadena causal que desembocó en la producción del daño, y sin los cuales éste no se habría producido, deben considerarse como causas equivalentes del mismo, y si una o más faltas del demandado se encuentran incluidas en esa cadena causal, entonces habrá que considerar que dichas faltas son causas del perjuicio".*

legítima defensa, o por estado de necesidad, etc.
Como corolario de lo expuesto en este acápite podemos afirmar sin ningún tipo de dubitación que la imputación es un concepto complejo que aborda dos aspectos: a quien se le debe atribuir el comportamiento dañino y por qué se le debe atribuir el comportamiento dañino a determinada entidad pública; en el primer aspecto opera la teoría de la posición de garante y en el segundo tópico se realiza el proceso de subsunción del régimen de responsabilidad escogido con el caso concreto. Se colige de esta conclusión que la imputación es normativa y no fáctica, pues aborda el concepto de deber jurídico y de título de imputación, asuntos propios de la dogmática jurídica y no del mundo de la naturaleza, por eso es un error afirmar que en este acápite existe una imputatio facti o un nexo proveniente del curso natural de las cosas, pues dicho nexo hace parte del nexo causal, como pasa a explicarse.

El nexo causal

Algunos doctrinantes consideran que el nexo causal sólo corresponde al ligamen físico entre el daño y su causa material, En otras palabras, se considera por algunos juristas que el nexo causal es un concepto exclusivamente fenomenológico, propio de las leyes de la naturaleza, aunado a lo argumentado, se sostienen que el nexo causal, entendido de esta manera, hace parte del concepto de daño, asunto que se considera erróneo y que ya se abordó líneas atrás; en este sentido el profesor Enrique Gil opina:

> Previo a cualquier análisis, es menester reseñar elementos estructurales de conocimiento jurídico que son inherentes a la problemática planteada, como quiera que de la posición que se asuma respecto a los mismos deriva la comprensión frente al tema objeto de estudio; es así, como bien vale la pena reseñar que son dos categorías diferentes la causalidad y la imputación, toda vez que el objeto de las ciencias naturales, es la naturaleza, mientras que el objeto de la ciencia del derecho, es el derecho; verdad que parece de Perogrullo, pero de la cual se derivan consecuencias importantes que por obvias se dejan equivocadamente de lado, de allí que estamos en presencia de un dualismo entre la naturaleza como orden causal y la sociedad como orden normativo (Kelsen,1952)[20] y en ese entendimiento, los principios específicos que los rigen son el de causalidad y el de la imputación que se expresan bajo leyes propias, y aunque bien, se traducen bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia, en palabras de Kelsen, en uno y otro caso, se rigen por los principios de la necesidad (del ser) y el de la libertad (del deber ser) (Kant, 1996: 62)[21] Podría decirse, igualmente, que dentro de las

---

20 La doctrina nos ilustra sobre esta teoría en el sentido de definirla como aquella que considera que "no todas las causas que intervienen en la producción de un efecto son equivalentes. En consecuencia , solo las que se consideran adecuadas tienen incidencia causal desde el punto de vista jurídico". Por tanto, los encadenamientos excepcionales se descartan y se diferencian las condiciones fortuitas de las adecuadas.

21 Hecho o culpa de la víctima, hecho o culpa de un tercero o fuerza mayor.

> ciencias de la naturaleza la causalidad correspondería, tanto en su acepción primitiva, como en la más refinada a que hubo lugar en el pensamiento aristotélico, a una forma de conocimiento en cuanto busca una explicación de los fenómenos, y, por el contrario, las ciencias sociales a través de la imputación refiere la vinculación de conductas frente a actos o hechos bajo la conexión del deber, y no bajo el imperativo del tener, propio de la causalidad. (Gil, 2010: 119)[22]

Aunque es inobjetable que la imputación y el nexo causal no son conceptos equivalentes, tal como se ha venido esbozando a lo largo de este ensayo, en el aparte doctrinal trascrito se reduce el nexo causal a la causa material del daño, lo cual constituye una restricción inaceptable de dicho concepto. El nexo causal no sólo implica una ligadura física entre el daño y la causa material del daño, ateniéndonos a los conceptos de Kelsen o Kant, sino que además implica un juicio de adecuación entre dicha causa material y el comportamiento dañino . En otras palabras, el nexo causal se construye a partir de dos premisas: un primer nexo entre la causa material del daño y el daño propiamente dicho, y un segundo nexo entre la causa material del daño y el comportamiento dañino; el primero de ellos es físico y propio de las leyes de la naturaleza, en tanto, el segundo es jurídico y obedece a un juicio ex ante , donde se aplican las teorías de la causalidad, así: de la causalidad probable en cuestiones técnicas (Tamayo, 2007: 325)[23] o de la equivalencia de condiciones en algunos eventos de daño ambiental (Tamayo, 2007: 376)[24] - (Henao, 2000: 161-162)[25]. o de la causalidad adecuada por regla general (Tamayo, 2007: 378).[26]

Es evidente, entonces, que el juicio de adecuación no obedece a una simple constatación física del fenómeno y, por ende, en dicho estado, el análisis se encuentra inmerso en conceptos o tópicos como: la probabilidad, la adecuación de la causa, el manejo de indicios, la causa sine qua non, etc., asuntos propios del deber ser o mundo jurídico y no del ser o mundo natural; máxime si se tiene en

---

22 *Estas causas no pueden ser confundidas con las causales de justificación de la conducta como: la legítima defensa o el estado de necesidad, pues estas últimas buscan evidenciar la ausencia de la falla del servicio y se analizan en el acápite referente al título de imputación, al paso que las causa extrañas se refieren a elementos extraños al comportamiento dañino que se le imputa al presunto autor del daño.*

23 *Es decir el daño antijurídico.*

24 *Este aforismos latino hace referencia a la premisa altamente conocida en el mundo jurídico como: "dadme los hechos y te daré el derecho", es decir, al Juez se le cuenta como ocurrió el evento trágico, y éste, conforme a la dogmática del derecho, escogerá bajo qué régimen resolverá el asunto, esto es: falla del servicio, enriquecimiento sin causa, abuso del derecho, falla presunta del servicio, daño especial, teoría del riesgo, etc...*

25 *Consejo de Estado, Sección Tercera, 14 de diciembre de 1993, Consejero ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo, actor: Gerardo de Jesús Osorno Rave, expediente No 8019.*

26 *Consejo de Estado, Sección Tercera, 28 de mayo de 1992, Consejero Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández, expediente No 6771, actor: Mónica Lucía Zambrano y otros, T. CLXI de los copiadores de la Sección Tercera, p.66.*

cuenta que el nexo causal también se construye con base en omisiones y, por tanto, la ligadura entre el comportamiento omisivo dañino y la causa material del daño, es necesariamente jurídica y no física; por ejemplo: en un caso de agresión física con arma de fuego que se produjo por falta de vigilancia y protección del Estado, será causa material del daño el ingreso de la bala en la integridad física de la víctima, empero, será causa jurídica de dicho daño, la omisión en que incurrió el Estado al no brindarle una protección adecuada al ciudadano.

Esta confusión ha llevado a contemplar las causas extrañas como fenómenos que rompen la imputación, cuando en realidad lo que destruyen es la ligadura entre la causa material del daño y el comportamiento dañino, pues tales causales se estudian bajo la teoría de la causalidad adecuada y se denotan como causas eventuales en la producción del daño . El profesor Javier Tamayo Jaramillo explica sobre el particular lo siguiente:

> A no dudarlo, la aceptación de la causa extraña como causal liberatoria de la presunción de responsabilidad es, en el fondo, la consagración de la teoría de la causalidad adecuada, pues si se aplicara con todo rigor la teoría de la equivalencia de las condiciones, necesariamente habría que condenar al agente que causó el daño, ya que este es una de las causas generadores de aquel, sin importar que, a su vez, él hubiera sido el efecto de una causa anterior; por el contrario, aplicando la teoría de la causalidad adecuada, el juez considera que la causa externa ha sido el hecho que normalmente ha producido el daño y, en consecuencia, el vínculo de causalidad debe romperse de tal modo que el demandado no se considere jurídicamente como causante del daño (Tamayo, 2007: 14-15).[27]

Como conclusión se afirma que la imputación nada tiene que ver con el nexo causal, pues en la primera se estudia la posición de garante y el título de imputación y en el segundo la causa material del daño y el juicio de adecuación. Por otro lado, la causa material del daño bajo la óptica de las ciencias naturales no es el único componente del nexo causal, es menester identificar un nexo entre dicha causa material y el comportamiento dañino que se le atribuye a la entidad demandada, nexo que se dilucida a través de la aplicación de las teorías de la causalidad, aplicación que es netamente jurídica y no simplemente física.

Perjuicios y carácter directo del daño

El carácter directo del daño es aquella ligadura o nexo que une el detrimento patrimonial acaecido en la integridad de la víctima, con los perjuicios que se derivan del mismo y que padecen los perjudicados-demandantes. El profesor Juan Carlos Henao nos ilustra al respecto de la siguiente manera:

> Se puede, empero, señalar que el carácter directo del daño se estudia aquí

> desde otra óptica: el perjuicio invocado por la víctima, como se ha señalado, tiene que provenir del daño causado. Esta afirmación se justificaría en la medida en que se acoja la distinción entre daño y perjuicio propuesta por el profesor Bénoit, que ya hubo oportunidad de señalar. Es así como, en esta parte del discurso, el carácter directo del daño supone el nexo de causalidad que ha de existir entre el daño definido como alteración material exterior y el perjuicio entendido como las consecuencias de dicha alteración sobre un patrimonio. No se trata entonces de entender que el perjuicio debe guardar una relación de causalidad entre el comportamiento del aparente responsable, que es un problema de imputación, sino de establecer que el perjuicio, entendido como la secuela del daño, sólo se repara si proviene de este. Valga un ejemplo: si un peatón pierde una pierna al ser atropellado por un vehículo, el daño es la pérdida de la pierna, y el perjuicio -objeto de indemnización- todas las consecuencias que se generan por la pérdida de la misma. En este sentido, pues, a propósito del daño no se debe estudiar si determinado hecho dañino atribuible a una persona causó la pérdida de la pierna, puesto que ello es un problema de imputación, sino tan sólo analizar si los perjuicios que se invocan (daño moral, perjuicio fisiológico, pérdida de capacidad laboral, pérdida de la oportunidad de competir en la prueba, etc.) provienen del daño causado (Henao, 2007: 87)[28].

En este punto el Juez se centra en el estudio de los perjuicios invocados por la parte demandante, con el objeto de visualizar su causación y su cuantía; por tanto, es un error realizar este análisis en el acápite del daño, pues, como se referenció, el daño es un acontecimiento fáctico, nada más, sus secuelas se abordan en esta oportunidad y no en aquella. Esta diferencia es importante tenerla en cuenta, porque el estudio de daño como acaecimiento fáctico es el primer elemento que aborda el Juez al momento de fallar un asunto, cuando ya ha definido el régimen de responsabilidad para dilucidar el caso, al paso que los perjuicios y el carácter directo del daño, es el último elemento que analiza el Juez, por tanto, sólo se aborda cuando el sub judice ha superado los elementos del daño, el comportamiento dañino, la imputación y el nexo causal.

Así mismo, cabe anotar que el carácter personal del daño es un asunto propio de la legitimación en la causa por activa que debe estudiar el Juez antes de abordar el régimen de responsabilidad pertinente, a lo que se suma que el tema del interés legítimo, perteneciente a dicho carácter del daño, es del resorte de este acápite. Además, el carácter cierto del daño es un asunto que se estudia en este punto con el objeto de visualizar el alcance de los perjuicios a reconocer, tanto dentro del período consolidado, como del no consolidado. Por último, cabe reiterar que el asunto del interés legítimo del perjudicado para poder recibir una indemnización, también es un tópico que se debe dilucidar en esta instancia, por tanto, es un análisis que el Juez deberá contemplar al momento de acometer el estudio de cada uno de los perjuicios solicitados.

Como conclusión de lo expuesto, el daño como elemento de la responsabilidad extracontractual del Estado no tiene nada que ver con el elemento del carácter directo del daño o con la tipología del perjuicio y su carácter personal y cierto, pues el primero se limita a constatar si el evento dañino se presentó, al paso que los segundos aspectos, partiendo del hecho de que el daño está acreditado, procuran comprobar si los perjuicios que se solicitan en la demanda, si provienen de dicho evento, son ciertos y son resultado de un interés legítimo y, por ende, deben ser indemnizados; si el Juez encuentra que algunos perjuicios no están acreditados, no provienen de un interés legítimo o no tienen relación con el daño acaecido, frente a los mismos se deberán negar las pretensiones.

Concepto de daño antijurídico

Tal como se expuso al principio de esta disertación, el daño antijurídico no es un elemento de la responsabilidad, sino el resultado de la aplicación de dichos elementos; en otras palabras, este concepto no puede confundirse con tópicos como: el daño como evento fáctico, el carácter cierto del daño, el carácter directo del daño, el carácter personal del daño o la causa material del daño, pues estos son aspectos que se abordan al interior de los elementos de la responsabilidad en momentos diferentes de su aplicación, como ya se vio líneas atrás. Esta afirmación se colige de las mismas exposiciones de la Asamblea Nacional Constituyente sobre la materia, donde nunca se aseguró que el daño antijurídico fuera un elemento de la responsabilidad extracontractual del Estado, veamos:

> Por otra parte, conviene señalar que el régimen que se propone en materia de responsabilidad patrimonial del Estado no se limita a su mera consagración expresa a nivel Constitucional, sino que, además, incorpora los más modernos criterios sobre la materia consistentes en radicar el fundamento de esa responsabilidad en el daño antijurídico y su imputación al órgano estatal; de esta manera se resuelve el problema que hoy ya plantea la evidente insuficiencia de la llamada "falla del servicio público", dentro del cual no caben todas las actuales formas y casos de responsabilidad patrimonial, tales como el de la "responsabilidad por daño especial". En otras palabras, se desplaza el soporte de la responsabilidad administrativa, del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado al concepto objetivo de la antijuridicidad del daño producido por ella. Esta antijuridicidad habrá de predicarse cuando se cause un detrimento patrimonial que carezca de título jurídico válido y que exceda el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social. (Henao, 1996: 767)[29]

Si observamos con detenimiento lo expuesto por el constituyente en el aparte antes citado, es evidente que el mismo no concibió el daño antijurídico como un elemento de la responsabilidad del Estado, sino como el fundamento de dicha responsabilidad;

esto es, con el propósito de erradicar como único fundamento de la responsabilidad del Estado el régimen de la falla del servicio, por considerarlo insuficiente, se creó el concepto del daño antijurídico como un tópico que cobija todos los regímenes de responsabilidad bajo los cuales se pueden dilucidar los casos de esta índole. Es por eso que el constituyente señala en el extracto expuesto que la antijuridicidad se presenta cuando se causa un detrimento patrimonial que carezca de título jurídico válido y que exceda el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social. En otras palabras sólo se puede predicar la existencia del daño antijurídico cuando se causa un detrimento patrimonial (el daño) que carece de título jurídico válido (posición de garante y título de imputación) y que excede el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social (título de imputación). Es decir, sólo hasta que se configuran los elementos de la responsabilidad se puede hablar de daño antijurídico. Una vez se configura el daño antijurídico surge la imputación del mismo a la entidad demandada, esto quiere decir que sólo cuando el daño antijurídico se materializa surge un deber de reparar en cabeza del Estado. Así lo expuso el constituyente en los siguientes términos:

> Por lo que hace a la imputabilidad, se trata de resaltar la circunstancia de que para que proceda la responsabilidad en cuestión no basta con la mera relación de causalidad entre el daño y la acción de una autoridad pública, sino que es necesario, además, que pueda atribuirse al órgano o al Estado el deber jurídico de indemnizarlo. La determinación de las condiciones para el efecto quedará, naturalmente, en manos de la ley y la jurisprudencia. (Henao, 1996: 767)[30]

La imputación del daño antijurídico a que se refiere el constituyente nada tiene que ver con la posición de garante o con el título de imputación y mucho menos con el nexo causal, tal como se aclara en el aparte que se acaba de trascribir. La imputación en este contexto es el deber de reparar que surge en cabeza del Estado una vez se configura el daño antijurídico. Como consecuencia, y con base en los antecedentes expuestos por la Asamblea Nacional Constituyente, en lo atinente al actual artículo 90 de nuestra Carta Magna, es un error predicar que los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado se reducen a dos: el daño antijurídico y la imputación. Pues tales conceptos, dentro del contexto del artículo 90 de la Constitución Política, no se refieren a los elementos de la responsabilidad, sino al resultado de la aplicación de los mismos. Así las cosas, cuando se acredita un daño, un comportamiento nocivo, una imputación de dicho comportamiento a una entidad pública, un nexo causal entre el comportamiento y el daño, y unos perjuicios que se derivan de dicho daño, se configura un daño antijurídico que debe ser reparado por la administración pública.

Como conclusión de todo lo anterior, consideramos que el daño antijurídico debe ser definido de la siguiente manera: Es aquel que se subsume en cualquiera de los

regímenes de responsabilidad existentes, sin predicarse jerarquía entre ellos, el cual, una vez configurado, le es necesariamente imputable a una entidad pública habida cuenta que, por sí solo, se constituye en el fundamento del deber reparatorio, dado que la víctima no tiene el deber jurídico de soportarlo. Dicha definición es similar a la expuesta por el profesor Juan Carlos Henao, a la cual se hizo referencia al inicio de este ensayo, sin embargo, consideramos que la nuestra le agrega ingredientes que hacen que la misma se acomode a lo que realmente quería el constituyente cuando concibió este concepto. Este será el punto final que se abordará en el acápite que sigue y que nos permitirá alcanzar el propósito para el cual se construyó el presente escrito.

Real alcance del daño antijurídico

Conforme a lo expuesto en el aparte anterior, y sin perder de vista la definición de daño antijurídico que se propuso en dicho acápite, se analizan a continuación las características que devienen de dicha definición y, de las mismas, inferiremos la dimensión que este concepto le imprimió a la responsabilidad del Estado, luego del advenimiento de la Constitución de 1991.

A. El daño antijurídico es aquel que se subsume en cualquiera de los regímenes de responsabilidad existente: tal como lo hemos venido planteando a lo largo de este ensayo, el daño antijurídico no es un elemento de la responsabilidad del Estado, sino el resultado de la aplicación de dichos elementos. Ahora bien, tales elementos adoptan una dinámica específica dependiendo del régimen de responsabilidad que se utilice para dilucidar el caso concreto, como corolario, le corresponde al Juez, conforme al principio iura novit curia y a la teoría del caso, precisar al inicio de su sentencia, cuál será el régimen que utilizará para resolver el sub judice. Recordemos que si se trata de un régimen de responsabilidad subjetivo, tanto las causa extrañas como la diligencia y cuidado exoneran, al paso que si se trata de regímenes objetivos, sólo las causas extrañas tienen esta virtualidad. Sobre esta característica el profesor Juan Carlos Henao es puntual en señalar: "El juez debe aplicar el principio iura novit curia como única alternativa de cumplir con el fundamento constitucional genérico de la responsabilidad. Ello supone que se ha superado constitucionalmente la discusión acerca de la falla del servicio como fundamento único de la responsabilidad". (Henao, 1996: 802)[31]

B. Aplicación de regímenes de responsabilidad sin tener en cuenta jerarquía normativa entre ellos: la falla del servicio no puede predicarse como el régimen común con el advenimiento de la Constitución de 1991 y, específicamente en relación con el nuevo concepto de daño antijurídico; en efecto, si lo que se dijo en la Asamblea Nacional Constituyen fue que la falla del servicio no resultaba un título de imputación suficiente para encuadrar todas las modalidades de responsabilidad en que podía incurrir el Estado, entonces los otros regímenes subjetivos (abuso del derecho, falla

presunta del servicio, etc...) u objetivos (daño especial, teoría del riesgo, enriquecimiento sin causa, etc...), también son títulos jurídicos válidos para imputarle responsabilidad a la administración pública.

Ahora bien, dicho cambio no es meramente retórico sino eminentemente práctico y con una perspectiva filosófica diferentes, pues antes de la Constitución de 1991, el juzgador se concentraba en el comportamiento dañino y su calificación como jurídico o antijurídico, al paso que hoy en día el Juez debe observar con detenimiento la situación de la víctima y las circunstancias que conllevaron a que se produjera su daño. Es por lo anterior que el administrador de justicia puede acometer un caso bajo la lupa de un régimen de responsabilidad objetivo a pesar de que se llegare a configurar una falla del servicio, dado que la víctima sufre un detrimento patrimonial en un contexto que por sí solo es antijurídico, independientemente de que la administración hubiera incurrido en la producción del daño con dolo, imprudencia, impericia, negligencia o violación de reglamentos. Vale en este caso formular el siguiente ejemplo: si la Nación (Ministerio de Defensa - Ejército Nacional-) realiza un operativo militar tendiente a interceptar un supuesto automotor de un grupo subversivo, y sin mediar advertencia alguna, abre fuego contra el vehículo, de tal suerte que provoca la muerte de un pasajero del mismo, sin que se observe que en dicho automotor estuvieran transportándose miembros de algún grupo al margen de la ley. En este evento, el Juez puede acometer el caso sin preocuparse por analizar o estudiar protocolos sobre operativos militares para interceptación de vehículos, pues es un típico caso de daño especial donde un tercero inocente resulta afectado por el conflicto armado que atormenta nuestro país. Desde esta perspectiva, el Consejo de Estado, aunque tímidamente, pues aún en muchas de sus providencias considera que primero se debe descartar una falla del servicio y luego tipificar algún otro régimen de responsabilidad, ha venido reconociendo que, independientemente que haya o no falla, en ciertos casos, es pertinente predicar responsabilidad en cabeza del Estado. La doctrina explica esta tendencia de la máxima corporación de lo contencioso administrativo en los siguientes términos:

> En la ya referida sentencia del 22 de noviembre de 1991, en donde se dio por establecida una falla del servicio, el juez afirma que: "si la realidad hubiera sido otra, debe recordarse que a la luz de lo preceptuado en el artículo 90 de la Constitución Nacional, el Estado debe responder" (Igual ocurre en la sentencia del 28 de mayo de 1992 en donde se: " de acuerdo con la jurisprudencia de la Corporación, surge clara y evidente la responsabilidad estatal que causó los perjuicios reclamados, tanto por la irregularidad de su servicio como por la antijuridicidad objetiva, dado que lo sucedido tipifica un daño de los llamados antijurídicos de los que envuelven dicha responsabilidad" . Similar proceder se observa en la sentencia anotada del 10 de marzo de 1995 en la cual el juez, luego de recordar que las obligaciones que tiene el Estado con respecto a las

> personas detenidas son de resultado, encuentra probada una falla del servicio consistente en "no vigilar adecuadamente el personal de reclusos para evitar el porte de armas de cualquier género, y por el descuido que implica el hecho de que uno de los internos resulte mortalmente lesionado sin que el personal de vigilancia se enterara de lo sucedido para evitarlo o por lo menos para establecer realmente qué paso", condenando entonces, en el caso concreto por la falla del servicio, pero advirtiendo que igualmente los hubiere podido hacer con base en la responsabilidad objetiva que supone la detención de personas en centros de reclusión (Henao, 1996: 797)[32].

Lo anterior no quiere decir que la responsabilidad se haya tornado objetiva, pues habrá casos donde no se puede aplicar sino la falla del servicio, tal como ocurre con algunos títulos de imputación en contra de la administración de justicia, tales como el error jurisdiccional o el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

Es preciso reiterar que lo verdaderamente trascendente del este nuevo concepto de daño antijurídico es que la falla del servicio, ya no es el régimen común, pues todos los regímenes de responsabilidad tienen la misma jerarquía; por ende, ya no se puede exigir como un elemento configurativo de los regímenes objetivos que el comportamiento dañino en que incurrió el Estado, sea lícito, pues independientemente de que lo sea o no, el Juez tendrá que condenar porque se presentó una alteración en las cargas públicas que la víctima no estaba obligada a soportar. Esta conclusión obedece al efecto útil de la norma y a la nueva perspectiva que se centra en reparar a las víctimas y no en responsabilizar a los victimarios. En cuanto al efecto útil el discernimiento es sencillo, si las cosas siguieran tal y como venían obrando antes de la Constitución de 1991, esto es: que el Juez debe primero descartar una falla del servicio y luego acometer un régimen de responsabilidad objetivo, ¿qué necesidad tendría el constituyente de traer a colación un nuevo concepto al mundo jurídico?. En cuanto al segundo aspecto, es un asunto que se estudiará más adelante cuando abordemos otro componen de la definición que proponemos sobre daño antijurídico.

Se concluye, entonces, que la falla del servicio ya no es el régimen común de responsabilidad, sino un régimen más que conforma el género: daño antijurídico, por ende, el Juez puede aplicar un régimen objetivo, a pesar de que se presente una falla del servicio, pues al Juez le importa muy poco calificar la licitud o ilicitud del comportamiento y debe centrarse en la situación de la víctima frente a las circunstancias que rodearon el acaecimiento del daño padecido.

C. La configuración del daño antijurídico constituye por sí solo fundamento del deber reparatorio: Cuando el artículo 90 de la Constitución Política señala que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sea imputables, se refiere a una obligación jurídica de reparación de un daño en cabeza del Estado; en otras palabras, la imputación consagrada en la disposición constitucional no es un elemento de la responsabilidad extracontractual del Estado

sino la estipulación constitucional de un deber jurídico. Como corolario de ésto, cuando el Juez, bajo la óptica de un régimen de responsabilidad respectivo, configura los elementos de la responsabilidad del Estado, debe declarar la configuración de un daño antijurídico imputable a una entidad pública, es decir, debe declarar responsable a la administración pública de un deber reparatorio.

Recordemos que, en ningún momento el constituyente consagró la imputación del daño antijurídico como un elemento de la responsabilidad extracontractual del Estado y, dejó en manos del legislador y de la jurisprudencia, la determinación del alcance de dicho concepto, que a nuestro modo de ver, se reitera, es simplemente el deber jurídico reparatorio que surge en cabeza del Estado como consecuencia de la configuración del daño antijurídico.

D. La configuración del daño antijurídico implica que la víctima no tenga el deber jurídico de soportarlo: La filosofía del nuevo concepto de daño antijurídico, contemplado en el artículo 90 de la Constitución Política, se centra en la antijuridicidad del daño y no en la ilicitud del comportamiento dañino. En tal sentido y como ya lo expresamos, del daño como evento fáctico no se puede predicar antijuridicidad, por tanto, en este caso estamos en presencia de un concepto jurídico que implica la alteración de las cargas públicas en cabeza de la víctima. Como consecuencia, en la actualidad, el Juez al abordar un caso de responsabilidad estatal, debe aplicar el régimen de responsabilidad que considere adecuado para el caso concreto, independientemente de la ilicitud o licitud de la conducta que se le imputa a la entidad pública, pues es la situación de la víctima la que determina el régimen a aplicar. A contrario sensu, si se continúa con la tesis de la falla del servicio como el régimen común de responsabilidad, simple y llanamente se continúa otorgando prevalencia a la ilicitud de la conducta por encima de la situación de la víctima frente a las cargas públicas que está obligada a soportar. En efecto, si el Juez está en la obligación de descartar una falla del servicio antes de abordar un régimen de responsabilidad objetivo, la lógica del discurso se modifica, habida cuenta que, la diligencia y cuidado exonera en presencia de regímenes de responsabilidad subjetivos, lo que implica que el juzgador puede incurrir en el error de negar las pretensiones indemnizatorias, por la no configuración de una falla del servicio, a pesar de que el caso se ajuste a un régimen de responsabilidad objetivo.

Si el Juez, desde un principio, advierte que el asunto se puede analizar bajo la óptica de un régimen de responsabilidad objetivo, independientemente de la licitud o ilicitud de la conducta que se le atribuye a la parte demandada, no se compadece con el principio de economía procesal, que tenga que hacer un análisis dispendioso y engorroso de los protocolos que debió seguir la entidad pública para no incurrir en una falla del servicio, para poder sólo en el caso de que ésta no se configure, pasar al ámbito objetivo.

Finalmente, es evidente que para la víctima es más favorable la aplicación de un régimen de responsabilidad objetivo que uno subjetivo, pues en el primero se presume la responsabilidad y sólo las causas extrañas exoneran, al paso que el segundo, además de la ruptura del nexo causal por la configuración de alguna causa extraña, permite romper la imputación a través de la demostración de la diligencia y cuidado. En este último caso la administración pública puede alegar que causó el daño por una situación irresistible e inevitable que le impidió comportarse de otra manera, a pesar de seguir los protocolos que el asunto requería. Así las cosas, cuando estamos en presencia de un régimen de responsabilidad objetivo, el margen de exoneración es mucho más restringido que cuando se ventila un régimen de responsabilidad subjetivo.

Conclusiones

Con el objeto de concluir este ensayo, presentamos al lector unas conclusiones muy puntuales sobre lo disertado en esta oportunidad, con el fin de poner a consideración de la comunidad jurídica las ideas planteadas y generar una discusión sana en torno a las mismas. En tal sentido y en primera término: el daño antijurídico y la imputación del mismo a una entidad pública no son elementos de la responsabilidad del Estado, son conceptos jurídicos que devienen de la configuración de tales elementos y la aplicación de un régimen de responsabilidad específico.

El daño antijurídico no se puede confundir con ingredientes propios de los elementos de la responsabilidad estatal; por tanto, el daño como evento fáctico, la causa material del daño, el carácter directo del daño, el carácter cierto del daño y el carácter personal del daño, son asuntos que se abordan en diferentes momentos del análisis del caso y hacen parte de aspectos muy puntuales de la providencia y de los elementos de la responsabilidad del Estado. Es así como la causa material del daño hace parte del nexo causal, el carácter directo del daño se refiere al nexo que debe existir entre el daño como evento fáctico y los perjuicios que este ocasiona, el carácter cierto del daño se refiere al reconocimiento de perjuicios realmente acaecidos, tanto desde el ámbito consolidado, como desde el no consolidado y el carácter personal del daño aborda la legitimación en la causa por activa y el concepto de interés legítimo que debe poseer el perjuicio para que pueda ser reconocido.

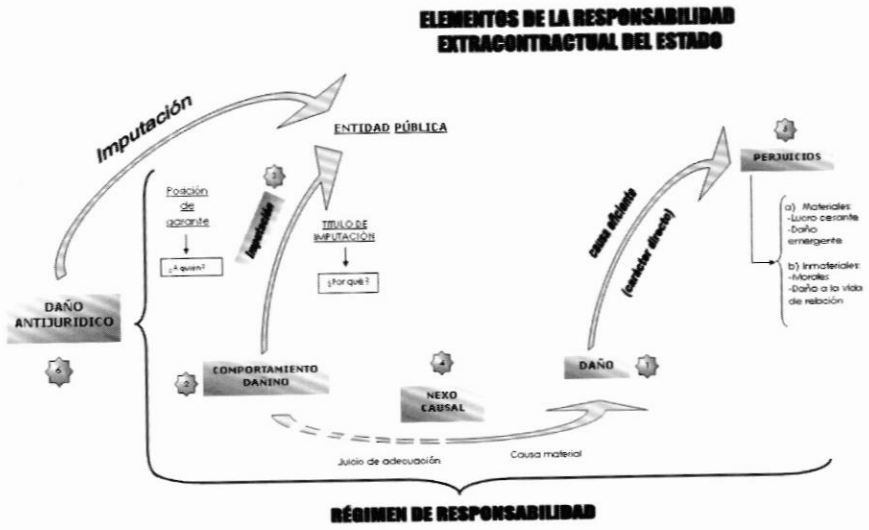
La imputación del daño antijurídico a una entidad pública que no se puede confundir con la imputación como elemento de la responsabilidad estatal, pues la primera se refiere al deber de reparar que recae en cabeza del Estado, una vez se configura el daño antijurídico y la segunda se constituye en una atribución del comportamiento dañino a la parte demandada, en cuyo caso se ausculta la posición de garante que ésta ostentaba frente a dicho comportamiento y el título de imputación que se le puede predicar como fuente de responsabilidad.

El daño antijurídico implica la aplicación de cualquiera de los regímenes de responsabilidad existentes a través del principio iura novit curia, empero, sin advertir

jerarquía entre ellos, es decir, la falla del servicio ya no es el régimen común de responsabilidad, conclusión que se funda en dos razones; en primer lugar, porque dicho régimen de responsabilidad ya no resulta suficiente para acometer todos los casos en que el Estado puede ocasionar daños antijurídicos y, en segundo lugar, porque con el advenimiento de la Constitución de 1991 y la incorporación del concepto de daño antijurídico, el Juez debe centrarse en la situación de la víctima y no en la licitud o ilicitud de la acción u omisión que se le imputa al Estado.

El daño antijurídico implica que a la víctima se le causa un detrimento patrimonial que no está en el deber jurídico de soportar, en otras palabras, acarrea una alteración en las cargas públicas que normalmente todos los ciudadanos debemos soportar por vivir en comunidad. Como corolario, si el Juez advierte en un caso concreto ésta situación y observa que dicho caso se puede tipificar en un régimen de responsabilidad objetivo, debe aplicarlo sin entrar en el análisis de una falla del servicio, pues las circunstancias que rodearon el sub judice le exigen al fallador contemplar el sub lite sin detenerse en el estudio de la imprudencia, impericia, imprudencia, dolo o violación de reglamentos en que podría haber incurrido la autoridad pública y, en la consecuente posible presencia de una diligencia y cuidado que daría al traste con dicha imputación, aunado a que tal ejercicio sería un desgaste innecesario para el juzgador, pues de todas maneras declararía la responsabilidad a menos que una causa extraña se lo impidiese.

La nueva perspectiva de la carta magna exige que observemos la situación de la víctima y reparemos su daño cuando sufre una alteración en las cargas públicas que ocasiona un detrimento patrimonial que no debía soportar. Con este fin se debe aplicar un principio de favorabilidad a favor de la víctima y la situación más favorable



para ella, es la aplicación de regímenes objetivos en aquellos casos donde se pueden aplicar, de conformidad a las líneas jurisprudenciales que haya trazado el Consejo de Estado, independientemente de la presencia o no de una falla del servicio.

Referencias bibliográficas

1. Gil, E. (2010). "Responsabilidad Extracontractual del Estado". En: Consejo de Estado. Expediente: 8.118). Bogotá. Editorial: Ibáñez.
2. Henao, J. (2000). Responsabilidad por daños al medio ambiente. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
3. Henao, J. (2000). El daño. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
4. Sánchez M. (2004). Tipología y Reparación del Daño no Patrimonial. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
5. Gil, E. (2010). Responsabilidad Extracontractual del Estado. Bogotá. Editorial: Ibáñez.
6. ídem.
7. ídem.
8. ídem.
9. ídem.
10. Autores varios. (1983). "La responsabilidad civil". Bogotá.
11. Navia, F. (2000). "La responsabilidad extracontractual del Estado a la luz del artículo 90 de la Constitución política". En: Revista de Derecho Privado (No. 6.).
12. Gil, E. (2010). Responsabilidad Extracontractual del Estado. Bogotá. Editorial: Ibáñez.
13. Autores varios. (1999). De La Responsabilidad Civil. (Tomo I). Bogotá. Editorial: Temis S.A.
14. Henao, J. (2000). "Ensayo: Responsabilidad del Estado por daño ambiental". En: Responsabilidad por daños al medio ambiente. Bogotá. Editorial: Universidad Externado de Colombia y el Instituto de Estudios del Ministerio Público.
15. Henao, J. (2000). "Ensayo: Responsabilidad del Estado por daño ambiental". En: Responsabilidad por daños al medio ambiente. Bogotá. Editorial: Universidad Externado de Colombia y el Instituto de Estudios del Ministerio Público.
16. Gil, E. (2010). Responsabilidad Extracontractual del Estado. Bogotá. Editorial Ibáñez.
17. Perdomo, J. (2008). Posición de garante en virtud de confianza legítima especial. Bogotá. Editorial: Universidad Externado de Colombia.

18. ídem.

19. Henao, J. (1996). "Responsabilidad Extracontractual del Estado en Colombia". En: Memorias de las II jornadas colombo venezolanas de derecho público. Caracas.

20. Kelsen, H. (1952). Problemas escogidos de la teoría pura del derecho: teoría egológica y teoría pura. Buenos Aires. Editoria: Guillermo Kraft.

21. Kant, I. (1996). Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Barcelona. Editorial: Ariel.

22. Gil, E. (2010). Responsabilidad Extracontractual del Estado. Bogotá. Editorial Ibáñez.

23. Tamayo, J. (2007). Tratado de responsabilidad civil (Tomo I). Bogotá. Editorial: Legis.

24. Tamayo, J. (2007). "Sobre el nexo causal en el daño ambiental". En: Tratado de responsabilidad civil (Tomo I). Bogotá. Editorial: Legis

25. Henao, J. (2000). Responsabilidad del Estado colombiano por daño ambiental. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

26. Tamayo, J. (2007). Tratado de responsabilidad civil (Tomo I). Bogotá. Editorial: Legis.

27. _____ (Tomo II). Bogotá. Editorial: Legis.

28. Henao, J. (2007). El Daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

29. Henao, J. (1996). Responsabilidad Extracontractual del Estado en Colombia. En: Memorias de las II jornadas colombo-venezolanas de derecho público. Ponente Dr. Juan Carlos Esguerra Portocarrero. Caracas.

30. ídem.

31. Henao, J. (1996). Responsabilidad Extracontractual del Estado en Colombia. En: Memorias de las II jornadas colombo-venezolanas de derecho público. Caracas.

32. ídem.

ACERCA DE LA EVALUACIÓN DE LA GESTIÓN PÚBLICA Y ALGUNAS DE SUS ACEPCIONES CONTEMPORÁNEAS[1]

IN REGARD TO THE PUBLIC MANAGEMENT ASSESSMENT AND SOME OF ITS CONTEMPORARY MEANINGS

Giovanny Francisco Niño Contreras[2]

Recepción: Julio 29/2011 - **Aceptación:** Octubre 2/2011

Resumen
La necesidad de la evaluación de la gestión pública exige un conocimiento de los procesos institucionales del Estado de cara auna administración de calidad en el servicio público. Es a partir de un diagnóstico de los problemas que se presentan en las agendas públicas, una de las manerasde transformar las prácticas de la administración pública. En este sentido, el presente artículo provee información para la comprensión de la función de la evaluación en el desempeño estatal, como herramienta para su modernización y desarrollo. Se presenta un sistemático estado contemporáneo sobre la función pública del manejo gubernamental, sus transformaciones recientes y cómo puede aprovecharse mejor las herramientas de la evaluación, a partir de la pedagogía cultural del oficio estatal, como una actividad que procura la óptima gestión poblacional.

Palabras clave
Gestión pública, evaluación administrativa, modernización del Estado, innovación de la dinámica institucional.

Abstract
The need for Public Management assessment demands knowledge on the institutional State processes facing a quality management for public service. It is based on the diagnosis of the problems arose in public agendas, one of the good ways to change public administration practices. Thus, the following paper provides information for the comprehension of the function and assessment of governmental performance as a tool for modernization and development. A systematic contemporary state on public function and governmental management, and its recent transformations are shown in the paper as well as how to better exploit the tools for assessment, departing from the cultural pedagogy of the governmental job as an activity towards optimum populational management.

Key words
Public Management, Administrative Assessment, State Modernization, Institutional Dynamics modernization

1 Este artículo es resultado del proyecto de investigación en "gestión institucional". Universidad La Gran Colombia. Grupo de investigación en Teoría del Derecho y Derecho Constitucional.

2 Magíster en Derecho, Magíster en Relaciones Internacionales, estudios de Doctorado en Derecho. Politólogo de la Universidad Nacional de Colombia. Docente investigador Universidad la Gran Colombia adscrito al grupo de investigación Derecho Constitucional, reforma de la administración de Justicia y Bloques de constitucionalidad. Universidad La Gran Colombia. giovanny.nino@ugc.edu.co. Colombia. Colombia.