



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA

Consejero Ponente (E): MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

Bogotá D.C., abril catorce (14) de dos mil diez (2010).

Expediente No. 18007
Radicación No. 25000 23 26 000 1997 03772 01
Actor: ANÍBAL CAÑAS ARIAS Y OTROS.
Demandado: LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL.
Naturaleza: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de octubre 14 de 1999, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera, mediante la cual se decidió:

“PRIMERO: Deniéganse las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin costas” (fl. 127 c.p.).

I. ANTECEDENTES

1. La demanda-

Mediante demanda presentada el 3 de abril de 1997, los señores Aníbal Cañas Arias, Alba Álvarez y Jorge Aníbal Cañas Álvarez, quienes actúan en nombre propio y a través de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, solicitaron que se declarara



responsable a la parte demandada por la muerte del señor Víctor Javier Cañas Álvarez, el 7 de junio de 1995, en una de las dependencias de la SIJIN en la ciudad de Bogotá D.C., donde se encontraba detenido (fls. 5 a 48 c.p.).

En consecuencia, pidieron que se condenara a la demandada a pagar, por concepto de perjuicios morales para cada uno de los demandantes, el equivalente en pesos a 2021 gramos de oro, con el fin de compensar la profunda aflicción y dolor por ellos sufridos con ocasión de la prematura muerte de su hijo y hermano, cuando se encontraba bajo la custodia de agentes de la Policía Nacional (fls. 7 a 9 c.p.).

1.1. Hechos de la demanda-

En la demanda se expusieron los hechos que a continuación se resumen (fls. 11 a 13 c.p.):

1. Para el mes de junio de 1995, el joven Víctor Javier Cañas Álvarez, quien era estudiante de la Universidad Tecnológica de Pereira en el programa de Administración del Medio Ambiente, se encontraba en la ciudad de Bogotá D.C., visitando a sus padres y hermano.
2. El 6 de junio de 1995 el señor Víctor Javier Cañas Álvarez fue detenido por agentes de la Policía Nacional y conducido a las instalaciones de la SIJIN de la carrera 15 No. 6 – 20 de la ciudad de Bogotá D.C.
3. Al capturado no se le permitió dar aviso a sus padres, quienes en esos momentos se encontraban en su residencia, ubicada en la carrera 101 B No. 93 – 45 de Bogotá D.C., lugar al que además, arribaron agentes de la Policía Nacional con el fin de efectuar un registro minucioso del inmueble.
4. En la madrugada del 7 de junio de 1995, los padres del joven Víctor Javier Cañas Álvarez recibieron una llamada telefónica a través de la cual les informaron que su hijo había sido asesinado en uno de los calabozos de la SIJIN.



5. La Fiscalía No. 289 de la Unidad de Reacción Inmediata, practicó el levantamiento del cadáver de Víctor Javier Cañas Álvarez en los calabozos de la SIJIN – Bogotá.

2. Contestación de la demanda y trámite en primera instancia-

1. Una vez proferido el auto admisorio de la demanda el 18 de abril de 1997, se notificó el mismo de forma personal al Ministerio Público y a la parte demandada y, dentro del término de fijación en lista, ésta última contestó la demanda en los siguientes términos (fls. 51 a 54 c.p.):

La Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y señaló que se atenía a lo que resultara acreditado en el proceso (fls. 59 y 60 c.p.).

2. Una vez se agotó la etapa probatoria, a través de auto julio 22 de 1999, el *a quo* decretó el traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto (fls. 89 c.p.).

El Ministerio Público en su concepto señaló que las pretensiones de la demanda debían ser negadas, toda vez que en el expediente no obraba elemento probatorio alguno que acreditara los hechos alegados en la demanda (fls. 91 a 96 c.p.).

La parte actora presentó su escrito de alegatos de conclusión de forma extemporánea (fls. 97 a 113 y 120 c.p.).

La Nación - Ministerio de Defensa – Policía Nacional solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda, por cuanto no se acreditó que el deceso del señor Víctor Javier Cañas Álvarez hubiera ocurrido en sus dependencias cuando supuestamente se encontraba detenido, hecho del que tampoco se habría aportado prueba alguna al plenario (fls. 114 a 119 c.p.).



3. La sentencia de primera instancia-

Por sentencia de octubre 14 de 1999, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera, negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en que al expediente no se allegó prueba alguna que acreditara las imputaciones hechas en la demanda, carga que correspondía a la parte actora de conformidad con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil (fls. 121 a 127 c.p.).

4. Recurso de apelación y actuación en segunda instancia-

1. La parte actora interpuso en tiempo recurso de apelación contra la sentencia anterior, el cual le fue concedido por el Tribunal en auto de noviembre 25 de 1999, a cuya admisión accedió el Consejo de Estado mediante auto de mayo 2 de 2000 (fls. 143, 145 y 212 c.p.).

Se solicitó revocar la sentencia impugnada y en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda, por cuanto sí estaría acreditada la falla del servicio en la cual habría incurrido la Administración, consistente en no prestarle al entonces detenido Víctor Javier Cañas Álvarez la seguridad debida, con el fin de garantizar su vida e integridad personal en el lugar de su retención –calabozos de la SIJIN- y porque, además, una vez acreditado como está que el aludido joven sí fue detenido por agentes de la Policía Nacional, el título de imputación aplicable se torna objetivo y, por lo tanto, la parte actora está eximida de acreditar una falla del servicio y quien debe acreditar fehacientemente las causales excluyentes de responsabilidad es la parte demandada –imprevisibles e irresistibles-, lo cual no ocurrió en el presente caso (fls. 150 a 211 c.p.).

2. Por auto de mayo 26 de 2000, esta Corporación decretó el traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto (fl. 214 c.p.).



La Nación - Ministerio de Defensa – Policía Nacional solicitó que se confirmara en todas sus partes la sentencia recurrida, por cuanto la falla del servicio en la cual habría incurrido la Administración no se encontraba acreditada, como sí lo estaba el hecho exclusivo y excluyente de terceros no identificados –quienes habrían asfixiado al señor Cañas Álvarez-, como causa única del daño padecido por los actores (fls. 215 a 218 c.p.).

La parte actora presentó su escrito de alegatos de conclusión en segunda instancia de forma extemporánea (fls. 220 a 224 y 231 c.p.).

El Ministerio Público consideró que sí se debía acceder a las pretensiones de la demanda, en virtud de que al expediente sí se allegaron las pruebas pertinentes que dan cuenta de la veracidad de las imputaciones de la demanda (fls. 225 a 230 c.p.).

3. La Señora Consejera de Estado Myriam Guerrero de Escobar manifestó su impedimento para conocer del presente asunto, por estar incurso en la situación contemplada en el numeral 2 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, y la Sala, en esta oportunidad aceptará dicho impedimento porque ella conoció del proceso en instancia anterior (fl. 249 c.p.).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Por ser competente, procede la Sala a decidir, en segunda instancia¹, el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera el 14 de octubre de 1999.

¹ En razón a la cuantía, el proceso es de doble instancia, pues la pretensión mayor correspondiente a perjuicios morales a favor de cada uno de los demandantes se estimó en el equivalente en pesos a 2021 gramos de oro, es decir, \$26'991.526 al momento de presentación de la demanda, monto que supera la cuantía requerida en el año 1997 (\$13'460.000) para que un proceso, adelantado en ejercicio de la acción de reparación directa, fuere de doble instancia.



1. La responsabilidad patrimonial del Estado-

El artículo 2° de la Constitución Política de 1991 señala que las autoridades de la República están instituidas para proteger a **todas** las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades. Ese deber, general y abstracto, en principio, se particulariza en ciertos eventos, por ejemplo cuando una autoridad -en ejercicio de sus funciones- retiene a una persona.

Se ha sostenido² que en tales casos el Estado, en virtud de su deber constitucional de protección y seguridad, ligado con las garantías propias de todo Estado de Derecho, debe velar por los derechos fundamentales a la vida e integridad personal del detenido, habida cuenta de que éste se encuentra en una particular situación de sujeción respecto de la Administración, la cual en esos momentos ejerce sobre él su potestad, a la vez que su tutela.

Este deber está vinculado estrechamente con los fines esenciales del Estado (artículo 2 C.P.) sobre la base de la primacía de los derechos inalienables de la persona (artículo 5 Constitucional) y en el marco del respeto a la dignidad humana (artículo 1 superior³) como valor fundante de un modelo de Estado Democrático y principio orientador de toda interpretación jurídica, aunado al carácter de inviolable del derecho a la vida y la consecuente prohibición de la pena de muerte (artículo 11 C.P.), de las torturas y de los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (Artículo 12 *Ibídem*).

Por lo tanto, cuando una persona se encuentra limitada en sus derechos y libertades, como consecuencia de encontrarse detenida, para los agentes del Estado surgen 2 tipos de obligaciones: i) una de corte positivo, consistente en la guarda de la persona frente a eventuales agresiones o peligros que pueda sufrir durante la retención y ii)

² Ver entre otras: Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, sentencia de julio 30 de 2008, Exp. 16572, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

³ Declaración Universal de los Derechos humanos, artículo 1; La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948), considerandos 1 y 2; Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, preámbulo.



otra de naturaleza negativa, consistente en abstenerse de desplegar conductas que puedan atentar contra su vida e integridad personal, o contra su dignidad humana⁴.

Si se advierte que una conducta –activa u omisiva- de la Administración vulneró alguna de esas obligaciones y de ello se derivó un daño para el detenido, la falla del servicio será evidente y deberá ser puesta de presente, en aras del cumplimiento del deber de diagnóstico y pedagogía que tiene el juez al definir la responsabilidad del Estado y con el fin de que éste pueda repetir contra el agente que dolosa o culposamente produjo el daño, en caso de que la entidad pública demandada sea condenada a la correspondiente reparación.

Por su parte, el ente demandado podrá exonerarse de la declaratoria de responsabilidad si prueba que su actuación no constituyó una vulneración a ese contenido obligacional que le era exigible, es decir, que acató los deberes a los cuales se encontraba obligada para con el detenido o si demuestra que el nexo causal era apenas aparente, mediante la acreditación de una causa extraña: fuerza mayor, hecho exclusivo y determinante de la víctima o hecho también exclusivo y determinante de un tercero.

Con esta óptica, entra la Sala a determinar si en el caso en estudio se configura, o no, la responsabilidad de la Administración.

2. Lo probado en el caso concreto.-

Con base en el material probatorio allegado al expediente de forma oportuna y que se encuentra en estado de valoración, se tienen como ciertas las siguientes circunstancias fácticas:

⁴ Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, sentencias de junio 17 de 1998, Exp. 10650; junio 24 de 1998, Exp. 10530 y noviembre 28 de 2002, Exp.12812, todas con ponencia del Consejero de Estado Ricardo Hoyos Duque.



1. El señor Víctor Javier Cañas Álvarez era hijo de los señores los señores Aníbal Cañas Arias y Alba Álvarez Mesa y hermano del señor Jorge Aníbal Cañas Álvarez, ello de conformidad con la copia auténtica del registro civil de nacimiento del primero y del último (fls. 2 y 3 c. pruebas).
2. Según la copia auténtica del registro civil de defunción correspondiente a Víctor Javier Cañas Álvarez, su deceso ocurrió el 7 de junio de 1995 en la ciudad de Bogotá D.C., por asfixia mecánica (fl. 4 c. pruebas).
3. Al tenor de los testimonios rendidos ante el *a quo* el 1 de junio de 1998 por las señoras Amparo del Socorro Uribe Fandiño y Nelly Sánchez Morales, la muerte del señor Víctor Javier Cañas Álvarez produjo en sus padres y hermano un profundo dolor y aflicción, en atención a que todos ellos conformaban una unida y cariñosa familia (fls. 69 y 70 c. pruebas).
4. Según el oficio original No. 079/SARET SIJIN de mayo 15 de 1999, dirigido al *a quo* por el Jefe Sala de Retenidos – SIJIN MEBOG y las copias auténticas de los folios 20 y 21 del Libro de Control de Ingreso y Salida de Retenidos; de los folios 94, 96 y 97 del Libro de Minuta de Guardia correspondiente al 7 de junio de 1995 y del folio 396 del Libro de Servicio de la Sala de Retenidos SIJIN MEBOG, para el mes de junio de 1995 y en especial para el día 7, no aparece registro alguno de ingreso en calidad de retenido del señor Víctor Javier Cañas Álvarez a las instalaciones de la Sala de Retenidos de la SIJIN – Policía Metropolitana de Bogotá (fls. 73 a 88 c. pruebas).

3. Análisis de la Sala-

De conformidad con lo anterior, encuentra la Sala acreditado el daño padecido por los demandantes, consistente en la muerte por asfixia mecánica del señor Víctor Javier Cañas Álvarez el 7 de junio de 1995 en la ciudad de Bogotá D.C.; así mismo, se demostró que tal deceso produjo en sus padres, los señores Aníbal Cañas Arias y



Alba Álvarez Mesa y en su hermano, el señor Jorge Aníbal Cañas Álvarez, una profunda aflicción, dado que los cuatro conformaban una unida y amorosa familia.

No obstante lo anterior, considera la Sala que no es posible atribuirle el anotado daño a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, toda vez que el escasísimo material probatorio allegado oportuna y válidamente al expediente, no da cuenta de la existencia de un nexo de causalidad entre el daño sufrido por la parte actora y una conducta –activa u omisiva- desplegada por la parte demandada.

En efecto, en la demanda se alegó que la muerte del señor Víctor Javier Cañas Álvarez habría ocurrido en las instalaciones de la Sala de Retenidos de la SIJIN de la ciudad de Bogotá D.C., en donde aquel se encontraba en calidad de detenido por parte de la Policía Nacional, por lo cual, sería dicha entidad pública la llamada a responder por los perjuicios que su deceso habría causado a sus parientes cercanos; sin embargo, tal afirmación no fue acreditada al interior del expediente por quien tenía dicha responsabilidad procesal –artículo 177 del Código de Procedimiento Civil- toda vez que, el único documento que podría haberle arrojado a la Sala el conocimiento acerca de las circunstancias en las cuales se produjo el fallecimiento del señor Cañas Álvarez, esto es la copia de la investigación penal adelantada por la Fiscalía General de la Nación, fue allegada al expediente en copia simple y por fuera de la oportunidad legal pertinente, lo cual imposibilita su valoración, como a continuación se verá:

- Con la finalidad de demostrar la aludida imputación, en la demanda se solicitó oficiar *“a la Fiscalía No. 289 Seccional Delegada, con sede en Engativá, ubicada en el Barrio La Granja, Cra. 78 No. 77A-62, para que se sirva remitir copias debidamente autenticadas de las pruebas que conforman el proceso penal por homicidio, donde figura como occiso el Señor VÍCTOR JAVIER CAÑAS ÁLVAREZ, registrada el 7 de junio de 1995 en la Sala de Retenidos de la SIJIN en Santafé de Bogotá D.C.”* (fl. 41 c.p.).



- El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera, mediante auto de julio 31 de 1997, decretó la práctica de dicha prueba y el 9 de abril siguiente, la Secretaría de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante oficio No. 209 de abril 9 de 1999, solicitó a la Fiscalía 289 Seccional Delegada de Bogotá D.C., que en el término de 20 días remitiera copia auténtica de la investigación penal adelantada por el delito de homicidio, ocurrido en los hechos del 7 de junio de 1995, en la Sala de Retenidos de la SIJIN de la ciudad de Bogotá D.C., en los cuales falleció el señor Víctor Javier Cañas Álvarez (fls. 62, 63 y 86 c.p.).
- Mediante oficio No. 13048 del 27 de abril de 1999, la Fiscalía General de la Nación – Dirección Seccional de Fiscalías – Unidad de Reacción Inmediata – Zona de Engativá, dio contestación al oficio 209 de abril 9 de 1999, informando que *“revisados los libros radicadores e índices que se llevan en esta Unidad de Fiscalía, se encontró que esta Sede empezó a funcionar en esta Zona el día tres (3) de febrero de 1996, razón esta que imposibilita su petición...”* (fl. 71 c. pruebas).
- El 22 de julio de 1999, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera declaró vencido el período probatorio y, en consecuencia, dispuso el traslado a las partes y al Ministerio Público por el término de 10 días para alegar de conclusión. Contra dicha providencia no se interpuso recurso alguno (fl. 77 c.1).
- Encontrándose el expediente a despacho de la Magistrada conductora del proceso para dictar fallo, mediante memorial allegado a la Secretaría de la Sección Tercera el 13 de octubre de 1999, la parte actora allegó en **copia simple** el expediente de la investigación adelantada por la Fiscalía General de la Nación – Dirección Seccional de Fiscalías de Santafé de Bogotá D.C. – Unidad de Primera de Vida – Fiscalía Octava, con ocasión de la muerte del señor Víctor Javier Cañas Álvarez (fls. 129 a 141 c.p. y 158 copias sin foliar).



- El 14 de octubre de 1999 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera, profirió sentencia denegatoria de las pretensiones de la demanda, con fundamento en la ausencia de material probatorio que acreditara los hechos alegados en la demanda. Contra dicho fallo, la parte actora interpuso recurso de apelación, con base en que sí se allegó al expediente el caudal probatorio suficiente para tener por acreditadas las imputación efectuadas en contra de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, el cual fue admitido por esta Corporación el 2 de mayo de 2002. Contra esta decisión no se interpuso recurso alguno (fls. 121 a 127, 143 y 150 a 213 c.p.).

De conformidad con el recuento anterior, para la Sala es claro que la parte actora no fue diligente en cumplir con la carga probatoria que le impone el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, según el cual “*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”⁵, puesto que, si bien en la demanda solicitó que se decretara el traslado de las pruebas recaudadas al interior de la investigación penal adelantada con ocasión de la muerte del señor Víctor Javier Cañas Álvarez, lo cierto es que con posterioridad a dicha oportunidad desatendió por completo el mencionado deber, tanto así que guardó completo silencio una vez el *a quo* declaró cerrado el debate probatorio y concedió a las partes el término de 10 días para alegar de conclusión – dicha decisión no fue objeto de recurso alguno y el escrito de alegatos de conclusión fue allegado de forma extemporánea-, lo cual implica que fue aquiescente con el estado del material probatorio recaudado hasta ese momento.

Tanto así, que en la oportunidad procesal pertinente en segunda instancia –en la sustentación del recurso de apelación y a más tardar dentro del término de ejecutoria del auto que admite el recurso, artículo 212 Código Contencioso Administrativo- la parte actora no solicitó la práctica de prueba alguna que cumpliera con los requisitos del artículo 214 del Código Contencioso Administrativo, lo cual implica que se mostró conforme con la realidad probatoria del proceso por ella promovido, motivo por el

⁵ Inciso primero del artículo 177 del C. de P. C.



cual, en esta oportunidad, cuando la Sala observa la ausencia de elementos que acrediten la existencia de un nexo causal entre el daño padecido por los actores y una conducta de la Administración, no puede desatender las reglas procesales en materia probatoria y valorar un documento que se encuentra en copia simple – artículo 252 Código de Procedimiento Civil- y que no fue allegado de manera oportuna –artículo 209 Código Contencioso Administrativo-.

En consecuencia, la sentencia apelada será confirmada en el sentido de negar las pretensiones de la demanda.

4. Costas-

En atención a que para el momento en el cual se dicta este fallo la Ley 446 de 1998, en su artículo 55, indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en el *sub lite* ninguna de aquellas actuó de esa forma, no habrá lugar a su imposición y se confirmará lo decidido en este punto por el *a quo*.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO: SE ACEPTA el impedimento manifestado por la Señora Consejera de Estado, doctora Myriam Guerrero de Escobar.

SEGUNDO: SE CONFIRMA la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de



Cundinamarca – Sección Tercera el 14 de octubre de 1999, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: En firme este fallo devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RUTH STELLA CORREA PALACIO
Presidenta de la Sala

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO
Con aclaración de voto



CONSEJO DE ESTADO
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA

Bogotá D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil diez (2010).

Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez (E)
Expediente No.: 25000-23-26-000-1997-03772-01 (18.007)
Actor: Aníbal Cañas Arias y otros
Demandado: Nación-Ministerio de Defensa, Policía Nacional-
Proceso: Reparación directa
Asunto: Aclaración de voto

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación, procedo a señalar los motivos por los cuales, si bien comparto la decisión adoptada el 14 de abril de 2010, proferida en el proceso de la referencia, aclaro mi voto en relación con varios aspectos de la parte motiva que de conformidad con la posición mayoritaria, quedaron plasmados en la respectiva providencia.

1. Argumentos sobre los cuales recae la presente aclaración de voto

En la providencia señalada, en cuanto concierne a los elementos estructurales de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado, se consignó lo siguiente:

“(…)

“Por su parte el ente demandado podrá exonerarse de la declaratoria de responsabilidad si prueba que su actuación no constituyó una vulneración a ese contenido obligacional que le era exigible, es decir, que acató los deberes a los cuales se encontraba obligada para con el detenido o **si demuestra que el nexo causal era apenas aparente**, mediante la acreditación de una causa extraña, fuerza mayor, hecho exclusivo y determinante de la víctima o hecho también exclusivo y determinante de un tercero

“(…)

“No obstante lo anterior, considera la Sala que no es posible atribuirle el anotado daño a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, toda vez que el escasísimo material probatorio allegado oportuna y válidamente al expediente, **no da cuenta de la existencia de un nexo de causalidad**



entre el daño sufrido por la parte actora y una conducta -activa u omisiva- desplegada por la parte demandada" (Negrilla fuera del texto) (Páginas 7 y 9 de la providencia).

2. Razones y fundamentos de la aclaración

Me aparto de las afirmaciones transcritas, tal y como lo he venido haciendo en forma sistemática, con fundamento en las siguientes consideraciones:

2.1. La Sala parte, en este caso, del reconocimiento de que son varios los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual del Estado, los cuales serían, a saber: i) daño antijurídico, ii) falla del servicio, iii) nexo causal y, en algunos casos, iv) hecho dañoso.

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.

El inciso primero del texto constitucional antes señalado, es del siguiente tenor literal:

"El Estado responderá patrimonialmente por los **daños antijurídicos** que le sean **imputables**, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

"(...)" (negrillas fuera del texto original).

2.3. Previo a cualquier análisis, es menester reseñar los elementos estructurales 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 determinar 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;⁶ y en ese entendimiento, los principios específicos que los rigen son el de la causalidad y el de la imputación que se expresan bajo leyes propias, y que 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)⁷. Podría decirse, igualmente, que dentro de las 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.

Así las cosas, según la disposición lógico – normativa del artículo 90 de la Constitución Política, se tiene que establecida la presencia del daño, algo lo tuvo que originar como realidad, toda vez que no es un efecto incausado. Y en él se encuentra inmersa la causalidad, como parte o condición del efecto – DAÑO-. Por ello se ha dicho con trascendencia y claridad epistemológica:

“... Causa y efecto además no existen como términos aislados, sino como meros momentos de un proceso, de un **continuum**. “Los fenómenos como causa y efecto, dice Kelsen, constituyen una conexión de hechos directa, aunque no siempre perceptible inmediatamente. La llamada causa se cambia imperceptiblemente en el llamado efecto. Causa y efecto son, en palabras de Goethe, un fenómeno indivisible. Que los separemos sin embargo una de otro, que incluso que los opongamos entre sí, que intencionalmente aislemos de la cadena continua de innumerables elementos dos solamente como **la** causa y

⁶ Kelsen – Cossio, problemas escogidos de la teoría pura del derecho. Buenos Aires. Editorial Guillermo Kraft Ltda.. 1952. Pág. 12.

⁷ Kant los asimila a mandatos de la razón que denomina imperativos. Fundamentación de la metafísica de las costumbres, Editorial Ariel, Barcelona, Primera Edición, 1996, pág. 62



el efecto que se imputa a esa causa sola, se debe al vetusto hábito de interpretarla naturaleza conforme al principio de retribución⁸

Ahora bien, configurada la existencia del daño como entidad fenoménica, ontológica, donde va implícita la causalidad entendida como ese *continuum*, es donde interviene el juez en una postura axial frente a ese dato objetivo o conocimiento dado por la experiencia, para impregnar de contenidos valiosos o disvaliosos el daño como tal, y donde su labor apunta no a la valoración de la conducta, sino más bien, a establecer si quien lo padece debe soportarlo o no. Y es así, como la jurisprudencia de esta Corporación lo ha entendido:

“porque a términos del art. 90 de la constitución política vigente, es más adecuado que **el Juez aborde, en primer lugar, el examen del daño antijurídico, para, en un momento posterior explorar la imputación del mismo al Estado o a una persona jurídica de derecho público.**

“La objetivización del daño indemnizable que surge de este precepto constitucional, como lo ha repetido en diversas oportunidades la Sala, sugiere que, en lógica estricta, el Juez se ocupe inicialmente de establecer la existencia del daño indemnizable que hoy es objetivamente comprobable y cuya inexistencia determina el fracaso ineluctable de la pretensión⁹

“Por consiguiente, el primer aspecto a estudiar en los procesos de reparación directa es lo relativo a la existencia del daño, por cuanto si en el proceso no se logra establecer la ocurrencia de éste, se torna inútil cualquier otro análisis y juzgamiento.

“Como lo ha señalado la Sala en ocasiones anteriores¹⁰, el primer aspecto a estudiar en los procesos de reparación directa, es la existencia del daño puesto que si no es posible establecer la ocurrencia del mismo, se torna inútil cualquier otro juzgamiento que pueda hacerse en estos procesos.

“En efecto, en sentencia proferidas dentro de los procesos acumulados 10948 y 11643 y número 11883, se ha señalado tal circunstancia precisándose en ésta última, que **“... es indispensable, en primer término determinar la existencia del daño y, una vez establecida la realidad del mismo, deducir sobre su naturaleza, estos es, si el mismo puede, o no calificarse como antijurídico, puesto que un juicio de carácter negativo sobre tal aspecto, libera de toda responsabilidad al Estado...”, y, por tanto, releva al juzgador de realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la imputación del daño al Estado,**

⁸ Revista de derecho de la Universidad de Antioquia. Homenaje a Hans Kelsen, B. Mantilla Pineda. El principio de retribución y la ley de causalidad. Pág. 358 y 359.

⁹ Sentencia del Consejo de Estado de diez de septiembre de 1993 expediente 6144 Consejero Ponente Juan de Dios Montes.

¹⁰ En este sentido pueden verse también las sentencias de 2 de marzo de 2000, exp. 11.135; 9 de marzo de 2000 exp. 11.005; 16 de marzo de 2000 exp. 11.890 y 18 de mayo de 2000 exp. 12.129



bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se ha elaborado¹¹ (Negrilla fuera de texto)

Superado el concepto del daño como fenómeno natural, este se torna en jurídicamente relevante una vez es tomado en consideración por el derecho como daño antijurídico resarcible, "...de tal forma que el daño jurídicamente relevante constituye una especie del daño entendido en sentido genérico (o en sentido naturalístico) y el daño antijurídico una especie del daño jurídico relevante, cuando su relevancia deriva de su antijuridicidad. El daño o perjuicio que las normas jurídicas pretenden reparar o evitar no es cualquier daño, sino únicamente aquél que frustra expectativas aseguradas por el derecho"¹²

La nota de antijuridicidad, es la calificación en sentido convencional que se predica de lo contrario a derecho, lo cual sin lugar a dudas es una tautología, y aunque, el concepto como tal fue elaborado por la dogmática penal, pasó a ser una categoría general del derecho. En efecto, la doctrina sostiene:

"Por lo demás, la no circunscripción de la categoría de antijuridicidad a una única rama del ordenamiento jurídico no hace más que poner de relieve, una vez más, la esencial trabazón existente entre todos los sectores jurídicos parciales integrantes del mismo, puesto que la "determinación normativa" de las circunstancias que caracterizan la antijuridicidad puede encontrarse fuera del ámbito normativo que cualifica tipológicamente el supuesto de hecho que hace surgir la responsabilidad civil"¹³.

2.4. La anterior posición, según la cual el principal elemento configurativo de la responsabilidad del Estado corresponde al daño antijurídico, se ve reflejado en los antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente, en donde en la ponencia para

¹¹ Sentencia proferida por el Consejo de Estado del 4 de diciembre de 2002 expediente 12625 Consejero Ponente Germán Rodríguez Villamizar

¹² "27. HAYEK señala a este propósito que solo así "la regla de no perjudicar a otro cobra algún sentido para un grupo de hombres que tienen el derecho a perseguir cada uno sus propios objetivos"; de otra forma, si todas las personas tuviesen que atenerse continuamente a lo que los otros esperan o presuponen de su comportamiento, "el resultado sería, en breve plazo, el descalabro del orden" (cfr. Hayek, F.A.: *Droit, legislation et liberté*, París, 1981, t. I, pp. 122 y 124, respectivamente). Vid., en el mismo sentido, CARNEIRO DA FRADA, M. A.: *Contrato e deveres de protecao*, Coimbra, 1994, p. 130". Citado en Busto Iago, José Manuel. *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*. Ed. Tecnos S.A. Madrid. 1998. Pág. 45.

¹³ Busto Iago, José Manuel. Ob cit. Pág. 50.



segundo debate (de la disposición que fuera a convertirse en el actual artículo 90 de la Carta Política), se precisó:

"(...) La noción de daño en este caso, parte de la base de que el Estado es el guardián de los derechos y garantías sociales y que debe, por lo tanto, reparar la lesión que sufre la víctima de un daño causado por su gestión, porque ella no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo.

"La responsabilidad se deriva del efecto de la acción administrativa y no de la actuación del agente de la administración causante material del daño, es decir, se basa en la posición jurídica de la víctima y no sobre la conducta del actor del daño, que es el presupuesto de la responsabilidad entre particulares.

"Esta figura tal y como está consagrada en la norma propuesta, comprende las teorías desarrolladas por el Consejo de Estado sobre responsabilidad extracontractual por falta o falla del servicio, daño especial o riesgo..."¹⁴

2.5. En ese contexto, es claro que la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado – en materia contractual y extracontractual-, contenida en el artículo 90 *ibídem*, se soporta única y exclusivamente en los elementos antes referidos de daño antijurídico e imputación –entendida esta última como atribución de la respectiva lesión-, sin que sea posible predicar la existencia y necesidad y/o valoración y análisis de otro tipo componentes a efectos de configurar la responsabilidad.

Más aun, dicha posición ha sido asumida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones¹⁵, en la cual se ha puntualizado recientemente, entre otros aspectos, lo siguiente:

"De manera tal que *"la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, razón por la cual se reputa indemnizable"*¹⁶, lo cual significó un giro copernicano en el fundamento de la responsabilidad estatal, la cual ya no reposa en la "calificación de la

¹⁴ Ponencia para segundo debate – Plenaria Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 112 de 3 de julio de 1991, Pág. 7 y 8.

¹⁵ Al respecto ver, entre otras, las sentencias: C-333 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-533 de 1996; C-043 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-038 de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto.

¹⁶ Sentencia C-533 de 1996.



conducta de la Administración, sino la calificación del daño que ella causa" (subrayas en el original)¹⁷.

"La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del **daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal** armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración¹⁸. Igualmente ha considerado que se ajusta a distintos principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13)¹⁹, y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución²⁰. (Negrilla fuera del texto)

"El segundo elemento que configura la responsabilidad patrimonial del Estado a la luz el artículo 90 constitucional es la imputabilidad del daño

¹⁷ Sentencia C-043 de 2004. En la misma decisión sostuvo: "No se trata de saber si hubo o no una **falla** en el servicio, es decir una conducta jurídicamente irregular aunque no necesariamente culposa o dolosa, sino de establecer si cualquier actuar público produce o no un **"daño antijurídico"**, es decir un perjuicio en quien lo padece, que no estaba llamado a soportar" (negrillas fuera del texto original).

¹⁸ Sentencia C-333 de 1996.

¹⁹ Esta Corporación, en Sentencia C-333-96, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, resaltó la armonía existente entre el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado consagrado en el artículo 90 de la Carta y el Estado Social de Derecho: "Desde el punto de vista sistemático, la Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho (CP art. 1º), pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización. Esta concepción de la posibilidad de indemnización de un daño antijurídico incluso originado en una actividad lícita del Estado armoniza además con el principio de solidaridad (CP art. 1º) y de igualdad (CP art. 13), que han servido de fundamento teórico al régimen conocido como de daño especial, basado en el principio de igualdad de todos ante las cargas públicas. En efecto, si la Administración ejecuta una obra legítima de interés general (CP art. 1º) pero no indemniza a una persona o grupo de personas individualizables a quienes se ha ocasionado un claro perjuicio con ocasión de la obra, entonces el Estado estaría desconociendo la igualdad de las personas ante las cargas públicas (CP art. 13), pues quienes han sufrido tal daño no tienen por qué soportarlo, por lo cual éste debe ser asumido solidariamente por los coasociados (CP art. 1º) por la vía de la indemnización de quien haya resultado anormalmente perjudicado. Se trata pues, de un perjuicio especial sufrido por la víctima en favor del interés general, por lo cual el daño debe ser soportado no por la persona sino por la colectividad, por medio de la imputación de la responsabilidad al Estado. Por ende, la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, por lo cual éste se reputa indemnizable. Esto significa obviamente que no todo perjuicio debe ser reparado porque puede no ser antijurídico, y para saberlo será suficiente acudir a los elementos del propio daño, que puede contener causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo".

²⁰ Sentencia C-832 de 2001.



antijurídico a las autoridades públicas, aspecto en el cual también ha sido abordado por la jurisprudencia de esta Corporación y tratado profusamente por el Consejo de Estado. Esta última autoridad judicial ha sostenido que la imputación está ligada pero no se confunde con la causación material, por cuanto en ciertos eventos se produce una disociación entre tales conceptos, razón por la cual para imponer al Estado la obligación de reparar un daño *"es menester, que además de constatar la antijuricidad del mismo, el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un 'título jurídico' distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, la 'imputatio juris' además de la imputatio facti"*²¹. (Negrilla fuera del texto)

"La Corte Constitucional ha, de esta manera, reiterado las consideraciones del Consejo de Estado sobre los alcances del inciso primero artículo 90 de la Carta, tribunal que ha resumido su criterio en los siguientes términos:

"(S)on dos las condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial con cargo del Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber: el daño antijurídico y la imputabilidad del daño a alguna de ellas.

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 extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar." (negrillas y subrayado fuera del texto original)²²

"Esta última cita es pertinente para recalcar en la cuestión objeto de estudio en la presente decisión, pues tal como lo ha entendido el Consejo de Estado, la disposición constitucional que regula la materia establece la obligación de reparar los daños antijurídicos provenientes de *cualquier autoridad pública*. **En efecto, como se ha reiterado el precepto simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad patrimonial estatal, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública, sin hacer distinciones en cuanto al causante del daño.**"²³

Como se aprecia, no es posible, estrictamente hablando, que se amplíe la gama de los componentes de la responsabilidad extracontractual del Estado, como quiera que ellos se circunscriben, desde la óptica del derecho, al daño antijurídico y a la imputación del mismo a una entidad de derecho público.

2.6. En esa perspectiva, considero que la Sala debe replantear la forma como aborda el análisis de los elementos estructurales de la responsabilidad del Estado, para evitar

²¹ Consejo de Estado. Sentencia de 13 de julio de 1993, loc. cit.

²² Sentencia del Consejo de Estado de mayo 8 de 1995, Expediente 8118, Consejero Ponente Juan de Dios Montes Hernández.

²³ Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto.



de esta manera introducir criterios que se subsumen en los conceptos antes referidos. Proceder como se viene haciendo, en contravía de la propia jurisprudencia administrativa, es desconocer la realidad normativa (artículo 90 C.P.), que corresponde como bien lo señala la Jurisprudencia Constitucional, a un giro copernicano en la materia, toda vez, que la virtud o bondad del precepto estriba precisamente en consolidar en nuestra cultura jurídica el derecho de daños, opuesto a la concepción tradicional en el tema, donde prevalecía el análisis subjetivo de la conducta por oposición al carácter hoy objetivo del daño, de no hacerlo así, como se viene haciendo en una sorprendente cotidianidad jurídica en los fallos proferidos por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, es sin lugar a dudas, seguir manteniendo una posición que no coincide con el ordenamiento jurídico en su dimensión unitaria o hermética, para de paso, mantener equivocadamente en mi criterio, una postura que corresponde a un modelo de pensamiento jurídico ya superado como fue el que antecedió a la constitución vigente. En síntesis, puede afirmarse, que la labor analítica del juez en asuntos de esta naturaleza, se reduce simple y llanamente a la constatación del daño como entidad, que es un dato objetivo o de conocimiento dado por la experiencia; a la posición axial frente al mismo por parte del juez, lo que imprime el sello de antijurídico o jurídico, y una vez estructurado aquel –daño antijurídico-, coprogramáticamente mirar la posibilidad de imputación del mismo a una entidad de derecho público.

Ahora bien, en materia del llamado nexo causal, debe precisarse una vez más que este constituye un concepto estrictamente naturalístico que sirve de soporte o elemento necesario a la configuración del daño, otra cosa diferente es que cualquier tipo de análisis de imputación, supone, *prima facie*, un estudio en términos de atribuibilidad material (imputatio facti u objetiva), a partir del cual se determina el origen de un específico resultado que se adjudica a un obrar –acción u omisión-, que podría interpretarse como causalidad material, pero que no lo es jurídicamente hablando porque pertenece al concepto o posibilidad de referir un acto a la conducta humana, que es lo que se conoce como imputación.



No obstante lo anterior, la denominada imputación jurídica (*imputatio iure*) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas o regímenes de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política²⁴.

Así las cosas, hay que reconocer que desde la estructura moderna de la responsabilidad patrimonial del Estado, el nexo de conexión, o vínculo que debe existir entre la acción, omisión, o conducta generante de un efecto, esto es, de una modificación patrimonial –el daño en sentido fenoménico y jurídico–, corresponde a la imputación material y/o normativa del mismo²⁵, lo que explica precisamente la posibilidad de eximentes de imputación cuando quiera que por alguna circunstancia no es posible hacer esa referibilidad, superando así aún, la problemática que presenta la denominada causalidad de la conducta omisiva y que en el esquema tradicional en vano ha tratado de justificarse acudiendo a todo tipo de distorsiones dialécticas, que lo único que hacen es poner de manifiesto el paralelismo entre *physis* y *nomos*.

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 permitido la conceptualización y desarrollo de criterios como el de la imputación objetiva y el deber de cuidado en el campo jurídico, desde luego.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de julio 12 de 1993, expediente 7622, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

²⁵ “En la responsabilidad del Estado la imputación no se identifica con la causalidad material, pues la atribución de la responsabilidad puede darse también en razón de criterios normativos o jurídicos” Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, de 21 de febrero de 2002 expediente 14215.



En síntesis, mientras se mantenga la convicción de que la causalidad en su natural sentido óntico, hace parte de las ciencias sociales, y que constituye en ese entorno un elemento de la responsabilidad patrimonial, se incurre en un error al mezclar dos líneas paralelas, que corresponden a objetos de conocimiento diferentes: la naturaleza y el derecho, como ya se dijo. Y de otro lado, aunque el daño es producido por la acción u omisión, esto es, se da una relación entre dos hechos, eso hace parte de una regla de derecho –imputación– mas no causalidad, la imputación vincula conductas, por ello se ha dicho: “La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas”²⁶, o bien, en otro horizonte: “La diferencia entre la causalidad y la imputación se pone de manifiesto en la relación entre la condición y la consecuencia: en la ley de la naturaleza se designa a la condición como causa y a la consecuencia como efecto, pero no interviene ningún acto humano o sobrehumano. En la ley moral, religiosa o jurídica la relación entre condición y consecuencia se establece por actos humanos o sobrehumanos”.²⁷

Es por lo anterior, que lo itero una vez más, el análisis de éstas controversias debe hacerse en el entendimiento que se deja planteado, de no hacerlo así, la Sala estaría manteniendo una postura que ya ha sido superada en el ordenamiento jurídico (art. 90 C. P.).

2.7. Aunado a lo anterior, debe precisarse que el anterior entendimiento ha sido avalado por la jurisprudencia extranjera, específicamente la española, la cual, partiendo de similares contenidos normativos a los existentes en nuestro país, ha explicado los elementos de la responsabilidad en los siguientes términos:

“(…) Segundo: La responsabilidad del Estado que con carácter objetivo se configura por primera vez en 1954 dentro de la *Ley de Expropiación Forzosa (art. 121)* y se alberga tres años después en la de régimen jurídico de la Administración (art. 40), ha adquirido relieve constitucional en los arts. 9.º y

²⁶ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 12 Edición, 1974, pág. 20.

²⁷ Kelsen – Cossio. *Obra cit* Pág. 22.



106, párrafo 2.º, como garantía fundamental en la órbita de la seguridad jurídica, aun cuando su entronque más directo lo tenga con el valor «justicia», uno de los pilares del Estado de Derecho, social y democrático, que proclama el *art. 1.º de la misma Constitución* .

“En el esquema de este concepto, el primero y principal de sus elementos estructurales es la lesión patrimonial, equivalente por su contenido a cualquier daño o perjuicio, en la doble modalidad, clásica desde la antigua Roma, del lucro cesante o del daño emergente. En este caso, no cabe la menor duda de que la rebaja del margen comercial correspondiente a los farmacéuticos en la venta o dispensación de los medicamentos implicaba necesariamente, sin más averiguaciones, una disminución de sus beneficios o ganancias en la misma proporción. **Ahora bien, no es suficiente el menoscabo económico, factor material, sino que se requiere simultáneamente la concurrencia de otro factor cualificativo, consistente en que sea antijurídico y, por lo tanto, el afectado o la víctima no tenga el deber de soportarlo. En definitiva, la lesión se define como un daño ilegítimo y tal calificación conviene perfectamente a la Orden de 10 de agosto de 1985 desde el mismo instante en que nuestra Sentencia de 4 de julio de 1987 comprobó y declaró que era nula de pleno Derecho.**

“En otro plano ha de situarse el vínculo entre la lesión y el agente que la produce, entre el acto dañoso y la Administración que es su autora, y por tanto implica la necesidad de que pueda serle imputado o atribuido, en su actuación propia, como poder y en el uso de sus potestades públicas...

“(...)”²⁸ (cursivas del original – negrillas adicionales).

2.8. Al margen de todas las consideraciones sobre la materia, y que se han expuesto anteriormente, en relación con los elementos que configuran la responsabilidad del Estado, lo cierto es que la Sala debe asumir una posición definitiva sobre el asunto objeto de análisis, como quiera que el 30 de agosto de 2007, esta misma Sección profirió una sentencia (expediente 15.932) en la cual el capítulo denominado “daño antijurídico e imputabilidad” fue aprobado sin ningún tipo de observación y en forma unánime.

²⁸ Tribunal Supremo Español – Sala de lo Contencioso, sentencia de 11 de noviembre de 1993, rad. STS 11664, M.P. Ángel Alfonso Llorente Calama. Ver igualmente: sentencia de 10 de julio de 1992, rad. STS 11010.



2.9. Bajo las anteriores precisiones, dejo sentada mi posición en cuanto concierne a la forma como se abordó el análisis de los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado, materia sobre el cual recae esta aclaración de voto.

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO

Fecha ut supra