

## El daño antijurídico en Venezuela, Colombia y España<sup>1</sup>

María Eugenia Soto Hernández \*

### Resumen

Es necesario puntualizar que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela estipula una influencia marcada del derecho constitucional extranjero, en lo referente a la redacción del Art. 140, el cual contempla la responsabilidad de la Administración Pública. Por esta razón se considera pertinente una reflexión acerca de la noción del daño antijurídico en las constituciones de Venezuela, Colombia y España a la luz de los principales criterios doctrinarios y jurisprudenciales, y de esta manera lograr determinar el tipo de antijuricidad en cada uno de los países. La jurisprudencia y la doctrina cumplen un papel fundamental para establecer un criterio acerca del tipo de antijuricidad en los sistemas constitucionales mencionados. El método de investigación utilizado es el analítico comparativo.

**Palabras clave:** Daño antijurídico, lesión resarcible, responsabilidad administrativa, derecho comparado.

### Anti-Judicial Injury (Harm) in Venezuela, Colombia and Spain

#### Abstract

It is necessary to point out the the Bolivarian Constitution of Venezuela stipulates a notable influence as to constitutional rights in foreign countries, specially in the writing of Art. 140, which

---

Recibido: 04-09-00. Aceptado: 05-10-00

\* Abogada. Magíster en Derecho Administrativo. Especialista en Derecho Administrativo. Profesora e Investigadora adscrita al Instituto de Estudios Políticos y Derecho Público de la Universidad del Zulia. Telefax: 0261-7596679, email: [mesotoh@cantv.net](mailto:mesotoh@cantv.net).

<sup>1</sup> Esta investigación forma parte del Proyecto de Investigación “La Noción del Daño Antijurídico en la Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública”, financiado por el Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico de la Universidad del Zulia (CONDES).

contemplates the responsibility of public administration. For this reason it is considered pertinent to reflect on the notion of anti-judicial injury in the Constitutions of Venezuela, Colombia, and Spain in reference to the principal doctrinal and jurisprudencial criteria, and the manner of determining the type of anti-jurisdictionality in each of these countries. Jurisprudence and doctrine play a fundamental role in establishing criteria as to the type of anti-jurisdictionality in the constitutional systems mentioned. The research methodology employed was analytical comparison.

**Key words:** Anti-judicial harm, injury compensation, administrative responsibility, comparativa law.

## Introducción

Las innovaciones constitucionales, entre ellas se destaca la venezolana, colombiana y española, giran en torno a la figura del daño, en especial su característica relevante de antijuricidad, lo cual amerita un pro- fundo y reflexivo estudio. El presente estudio analítico y jurisprudencial es un paso en esta tarea que se emprende, de renovación y modernización de las nuevas tendencias del derecho administrativo como lo es el carácter de antijuricidad en la noción del daño originado en responsabilidad extracontractual de la Administración Pública. Para realizar esta labor se establece un análisis a la luz de la doctrina y jurisprudencia sobre la base de comparaciones, semejanzas, diferencias, relaciones de asociación o dependencia entre los mencionados criterios jurisprudenciales y doctrinarios referentes a la noción del daño antijurídico en el sistema de responsabilidad extracontractual de la Administración Pública, al realizar un análisis documental exhaustivo que conlleva a una observación y registro de información, valoración rigurosa, pensar reflexivo, comparación y generalización, análisis e interpretación, examen crítico, honestidad intelectual, aporte personal y la producción de nuevos conocimientos (Finol de Navarro y Nava de Villalobos, 1993: 43)<sup>2</sup>.

## Antijuricidad del daño en Venezuela

En realidad, no es mucho lo que puede decirse sobre la noción del daño antijurídico en Venezuela. Ello no quiere significar que su existencia sea infrecuente. Es obvio que el sistema de responsabilidad administrativa en Venezuela se ve arduamente lesionado día a día, sin embargo la mayoría de los ciudadanos y particulares, afectados en sus derechos e intereses, no se dirigen ante los órganos jurisdiccionales para hacer efectivo su derecho de responsabilidad. Muestra de ello es la referencia obligada a las veinte decisiones de importante lectura y estudio en la jurisprudencia venezolana<sup>3</sup>. Sin embargo, en 1997 este paradigma se logra un poco resquebrajar, por no sólo ser

---

<sup>2</sup> Las siglas y abreviaturas utilizadas en la investigación son las siguientes: ACC: Anteproyecto de Comisión Constitucional, Art.: artículo, CADAPE: Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico, CANTV: Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela, CDE: Consejo de Estado Colombiano, CDE/SCA: Consejo de Estado Colombiano en Sala Contencioso Administrativa, CDEISP: Consejo de Estado Colombiano en Sala Plena, CE: Constitución Española de 1978, CPC: Constitución Política de Colombia de 1991, CRBV: Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, CRV: Constitución de la República de Venezuela de 1961, CSJISCC: Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, CSJISNG: Corte Suprema de Justicia en Sala de Negocios Generales. Colombia, CSJ/SPA: Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa. Venezuela, TSE: Tribunal Supremo Español.

<sup>3</sup> vid. en la jurisprudencia venezolana los siguientes casos: Freddy L. Cabello Sánchez, Nelson Molina vs. CADAPE, Desangles vs. Instituto Nacional de la Vivienda y Constructora Franvez C.A., Nemecio Cabeza vs. CADAPE, Asociación Educacional Avila, Ramón Gallardo vs. INOS, Cedeño Salazar vs. CADAPE, José Rafael Marín y Naval

éstas las decisiones fundamentales que en esta materia se encuentran. De un estudio realizado por Ortiz Álvarez (1997) logra visualizarse que existen otras decisiones olvidadas por los jurisconsultos y que tienen valor meritorio. En la recopilación reseñada se presentan más de 260 sentencias, pero muchas de ellas se refieren a aspectos procesales o adjetivos.

A decir de autores venezolanos (Díaz Bermúdez, 1996:26) la tendencia constitucional en Venezuela está orientada hacia la aplicación del derecho a la justicia y a la responsabilidad del poder público frente a los particulares. Es el establecimiento de un régimen objetivo de responsabilidad, en el cual el lema del derecho de la defensa de los particulares no deberá ser vulnerado frente a los privilegios de las actuaciones administrativas.

Bajo la perspectiva de la Constitución de la República de Venezuela de 1961 (CRV), el Art. 47 de la misma expresaba la necesidad de indemnizar daños, perjuicios, como también lo estipulaba el Art. 206 eiusdem. El constituyente en este sentido no ha querido establecer a ciencia cierta distinciones entre las denominaciones de daño o perjuicio, sólo se trata de cuestiones de estilo (Ortiz Álvarez, 1995b:51). Sin duda alguna la redacción del Art. 47 era clara y precisa y acogía la tesis orgánica, la responsabilidad es directa, la República, los Estados y los Municipios, las entidades públicas territoriales, responden de forma directa ante los particulares que han sufrido el daño cometido por el obrar de las autoridades administrativas, judiciales y legislativas.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) consagra la responsabilidad administrativa en los siguientes términos: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los o las particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública” (CRBV, 1999, Art. 140).

Tomando en cuenta el ámbito constitucional que impera con la puesta en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cabe la siguiente interrogante, ¿Es objetiva la responsabilidad en Venezuela?. La tesis de la objetividad de la responsabilidad responde al siguiente lema: La Administración Pública causa un daño a un particular, ésta deberá repararlo, aunque no exista culpa.

A la luz de la lectura y la interpretación del Art. 140 de la C RBV, se añaden parámetros de determinación que hacen presumir cuál es el criterio que sigue el constituyente venezolano y que deberá aplicar el juris-consulto para solucionar las controversias sobre responsabilidad administrativa. Si bien no se estipula la teoría del riesgo, ni de la falla del servicio, ni la culpa, sólo se señala que "El Estado responderá patrimonial- mente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública” (CRBV, 1999, Art. 140), se concluye que el Estado responde siempre y cuando se demuestre la imputabilidad del daño a un ente que funcione dentro de la Administración Pública, cumpliendo todas las actividades de derecho administrativo, unilaterales, bilaterales.

Así las cosas, si el criterio de determinación a seguir resulta ser el objetivo, debe estar previamente establecido por las disposiciones legales, porque la responsabilidad objetiva no puede presumirse, en este caso no media la falta de la administración. Debido a que si se tratase de una falta o funcionamiento anormal de la Administración Pública el criterio a seguir sería el de la responsabilidad subjetiva.

La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia se ha preocupado por orientar sus actividades al desarrollo del sistema contencioso administrativo reflejado en los recursos de nulidad por ilegalidad de los actos administrativos y ha dejado en un segundo plano el sistema de responsabilidad administrativa, el cual muchas veces es sustentado de modo principal en normas civilistas. Sin embargo, desde 1996 la tendencia ha cambiado, en primer término, la emisión del fallo de fecha 26/01/1996, caso *Sermes Figueroa vs. Instituto Autónomo Ferrocarriles del Estado* la jurisprudencia reconoce todo un sistema de responsabilidad orientado en dos caminos: por falta y sin falta, con sus respectivos fundamentos; en otras palabras reitera la doctrina administrativa expuesta por Ortiz Álvarez (1995a) en sus manuales.

Actualmente, puede decirse que la tendencia de la paradoja diabólica expuesta por doctrinarios venezolanos se ve resquebrajada. Se estipulaba que en lo atinente a la jurisprudencia venezolana, en materia de responsabilidad extracontractual de la Administración Pública, en respuesta de las apelaciones contra fallos de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo parecían encerrar una paradoja diabólica. En un primer lugar, las bases del Código Civil eran empleadas y en un segundo lugar, se va cada vez más hacia el sistema de responsabilidad autónomo, propio del derecho público, en particular del derecho administrativo (Iribarren Monteverde, 1992). Lo cierto es que la actual jurisprudencia venezolana busca acentuar la segunda de estas tendencias. Es un camino que está en manos de la jurisprudencia porque la doctrina así lo ha aceptado.

Finalmente, cabe, en este sentido, destacar tres sentencias piedrangules de responsabilidad administrativa objetiva en el derecho venezolano. Es el caso *Nemecio Cabeza vs. CADAPE*.

“Esta norma (artículo 1193 Código Civil) establece un caso de responsabilidad objetiva, contra la cual el guardián de la cosa puede defenderse alegando y demostrando que el daño tuvo su causa en un hecho fortuito, de fuerza mayor, por el hecho de un tercero o por hecho de la víctima. Con ello se establece una relación de causalidad del daño que torna en no responsable al guardián. Finalmente, debe observarse que, aunque la norma no distinga entre las cosas por cuya guarda responde el guardián, la responsabilidad se hace aún más evidente cuando se trata de cosas que representan un peligro objetivo del cual ese guardián obtiene un beneficio. Por ejemplo, el caso de la existencia de un depósito de explosivos en una empresa del ramo, situación que determina la existencia de un riesgo objetivo del cual se beneficia la citada empresa. Si se trata de una cosa peligrosa, dentro de las cuales podemos incluir sin dudas a la electricidad, y aún más la de alta tensión, de la cual el guardián saca un provecho, resulta obvio que debe asumir totalmente las consecuencias que deriven del riesgo que crea” (CSJISPA: 24/03/1994, consultado en original).

Caso *Alba Orsetti de Cabello vs. República de Venezuela*.

“La Sala considera innecesario entrar a analizar esta argumentación cotejándola con el resultado de las pruebas para constatar su procedencia, o improcedencia, porque ya con anterioridad se estableció que la acción intentada por los sucesores de Cabello Sánchez, tiene su fundamento legal en el artículo 1193 del mismo Código Civil y que, por lo tanto, probada la ocurrencia del accidente, el daño causado, la relación de causalidad entre lo primero y lo segundo, y la condición de guardián de la cosa que causó el daño que tenía la República, quedaba excluida o se hacía innecesaria la demostración de la culpa de ese guardián. Por consiguiente, si esta conducta culposa quedó o no demostrada, si la valla desprendida estaba o no en mal estado, si los tornillos de sus bases estaban o no oxidados y partidos, son cuestiones de hecho que en nada influyen para establecer la responsabilidad del guardián demandado, pues se trata de una responsabilidad objetiva” (CSJ/SPA: 19/07/1984, consultado en original).

Caso Franz Weibezahn vs Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela-CANTV- y Oficina Técnica Dina.

“...es claro que los actores han sufrido un daño que no tienen el deber jurídico de soportar que compromete la responsabilidad civil, llamada por la doctrina administrativa del Estado, que ha actuado en este caso por vía de un concesionario de servicio público como lo es la COMPAÑÍA ANÓNIMA NACIONAL TELÉFONOS DE VENEZUELA (CANTV), empresa ésta última que debe indemnizar a los actores...” (CSJ/SPA: 29/10/1998, citado por Ortiz Álvarez, 1999:312).

### **Antijuricidad del daño en el Derecho Comparado Colombia**

No existe una sola concepción de los términos daño, lesión o perjuicio. Algunos jurisconsultos realizan una equivalencia de términos y, por otra parte, otros jurisconsultos declaran que el perjuicio surge como corolario del daño y/o lesión. Ella puede observarse de la lectura de los siguientes fallos:

“Con efecto, el daño, considerado en sí mismo, es la lesión, la herida, la enfermedad, el dolor, la molestia, el detrimento ocasionado a una persona en su cuerpo, en su espíritu o en su patrimonio. El perjuicio es el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia del daño; y la indemnización es el resarcimiento, la reparación, la satisfacción o pago de; perjuicio que el daño ocasionó. La materia y objeto del avalúo no es, pues, el daño o la lesión, porque esta, sea material (corporal) o moral, es lo que no puede evaluarse, sino el perjuicio, el quebranto económico que el daño ocasionó. La materia y objeto del avalúo no es, pues, el daño o la lesión, porque esta, sea material (corporal) o moral, es lo que no puede evaluarse, sino el perjuicio, el quebranto económico que el daño psíquico a material produjo en la víctima en el campo de lo patrimonial...” (CSJ/SNG: 13/12/1943, citado por Henao Pérez, 1991:326).

Por otra parte:

“Para que exista la responsabilidad civil de; Estado por los actos de la administración, y en particular por causa de trabajos públicos, es preciso que se haya causado un daño a los bienes de los administrados. Así lo exigen las Leyes 38 de 1918 y 167 de 1941 (artículo 263). Por daño, en su acepción gramatical, se entiende todo menoscabo, perjuicio o dolencia que se cause a alguno, sea en su patrimonio o en su persona.

En un sentido lato, daño es según Fleiner, todo perjuicio que ocasione un acto de autoridad en el patrimonio del ciudadano.... no sólo en los casos en que arrebatara los derechos privados por el procedimiento de la expropiación forzosa, sino también en los que tienen lugar por culpa o falta de administración” (CDF: 30/09/1941, citado por Henao Pérez, 1991:326s.).

El perjuicio constituye en ambos fallos una consecuencia del término daño, por lo tanto, el término perjuicio es considerado de mayor peso y gravedad.

Por el contrario, otros fallos disienten el criterio anterior al esbozar que daño y perjuicio son sinónimos, ninguno es más grave que el otro, los dos términos revisten la misma gravedad y el mismo significado. Por ejemplo, “Es obvio que el verbo dañar que emplea el artículo citado equivale a hacer daño y que la palabra daño equivale exactamente a perjuicio” (CDE: 31/07/1958, citado por Henao Pérez, 1991:327).

Asimismo, cabe acotar que la jurisprudencia reafirma y reitera la doctrina al declarar que el perjuicio o daño es el requisito de la responsabilidad. Se destaca que: “El daño - cuando se trata de la responsabilidad civil constituye un requisito de la obligación de indemnizar” (CDE/SCA, Sección Tercera: 28/06/1967, citado por Henao Pérez, 1991:328). Cabe, de esta forma, acentuar que la obligación de indemnizar no es privativa de la responsabilidad civil, sino que en el derecho público, en particular la responsabilidad administrativa, la obligación de indemnizar nace y se ejerce de igual forma ante los tribunales jurisdiccionales.

Como características principales del daño a ser objeto de reparación se encuentran las siguientes:

- El Perjuicio debe ser cierto, actual y directo:

“La jurisprudencia colombiana es uniforme en el sentido de que el perjuicio que debe ser indemnizado es el que sea cierto, actual y directo. Perjuicio cierto es el consumado, efectivo y real en el momento de liquidarse. Actual hace relación a su existencia en el pasado y en el presente, mas nunca en el porvenir. Y directo, esto es, que sea consecuencia inmediata del hecho culposo, o lo que es lo mismo, que haya relación de causa a efecto” (CDE/SCA, Sección Cuarta: 10/05/1973, citado por Henao Pérez, 1991:331).

Por otro lado:

"De ello resulta que tanto en lo civil como en lo administrativo, para que exista la responsabilidad, es necesario que el daño se haya ocasionado. La sola probabilidad o expectativa de que pueda tener lugar, vale decir, cuando el daño es eventual o futuro,

no hace responsable al Estado. Para que esto no ocurra el daño debe ser cierto y actual” (CDE: 30/09/1949, citado por Henao Pérez, 1991:349)

- Debe repararse el daño de forma integral.

“...en materia civil como en la penal y la administrativa, cuando quiera que surge obligación de indemnizar perjuicios, ella es plena, es decir, implica la necesidad de indemnizar la totalidad del perjuicio causado, de restablecer el derecho, de repetir, hasta donde sea posible a la víctima, al estado anterior al daño” (CDE/SCA, Sección Tercera: 29/04/1980, citado por Henao Pérez, 1991:345).

Ahora bien, ¿Qué antecedentes sirvieron para crear el Art. 90 de la Constitución Política de Colombia?. Se ha estipulado que sin duda alguna el Art. que dio pie para el establecimiento del Art. 90 fue el Art. 16 de la Constitución Colombiana de 1886, que corresponde actualmente al inciso segundo del Art. 2 de la Constitución Política de Colombia. Pueden observarse los siguientes fallos que sirven de fundamento para demostrar esta afirmación:

- Sentencia del CDE/SCA: 12/07/1988, citado por Henao Pérez (1991:103s.):

“Ante la ausencia de norma expresa que consagre la responsabilidad extracontractual del Estado, nuestra jurisprudencia, muy acertadamente, ha afirmado reiteradamente y desde hace ya algún tiempo que el fundamento de dicha responsabilidad, más que en las normas propias del derecho privado que se venían utilizando, se encuentra en el citado artículo 16 de nuestra Constitución Nacional, pues allí, es donde se consagran los deberes mismos del Estado, y si hay una falla comprobada en el cumplimiento de los mismos, es porque ha dejado de cumplir debidamente el ordenamiento constitucional y debe reparar el daño.

Pero esa responsabilidad no surge de una manera directa e inmediata del citado precepto constitucional, pues la obligación del Estado, según sus mismos términos, es la de proteger no directamente la responsabilidad, en el sentido de reparar un daño.

Y es que esa obligación o deber de protección que debe brindar el Estado varía en su grado, intensidad, oportunidad, etc., según las circunstancias de tiempo, modo, lugar, y subjetivas del protegido. Por ello la responsabilidad del Estado, si bien puede tener su fundamento mediato en el artículo 16 de la Constitución Nacional, no puede surgir directamente de éste para un caso concreto, pues ella surgirá no del deber de protección del Estado, sino de las circunstancias que en ese caso específico puedan establecer y de las cuales se pueda también deducir la responsabilidad del Estado, en razón del cumplimiento, o deficiencia de su deber constitucional de proteger la vida, honra y bienes de los particulares.

Y ello, porque salvo casos especiales, diferentes a aquellos que encajan dentro de la teoría de la falla del servicio, el fenómeno de la responsabilidad no puede establecerse sino con base en la culpa, en este caso, tal como ya se precisó en el punto anterior, en la culpa de la administración.

De lo contrario, se llegaría a la conclusión de que el único responsable es el Estado, siempre e independiente de quien, cuándo, cómo y dónde se cause un perjuicio en la vida, honra y bienes de un particular. Ello porque el Estado tiene la obligación de protegerlos. Lo cual es absurdo”.

- CDE/SCA, Sección Tercera: 4/09/1989, citado por Henao Pérez (1991:86):

“Dadas las circunstancias en que se produjeron las muertes de las personas que sirven de fuente a las pretensiones procesales acumuladas, para la Sala no existe duda alguna de que existió falla en la prestación del servicio. Efectivamente, las autoridades de policía están instituidas y son dotadas de armas precisamente para proteger la vida, honra y bienes de los residentes en Colombia. Si uno de sus agentes utiliza las armas que le fueron suministradas para quitar la vida a personas sin que exista la más mínima causal de justificación, el Estado está incumpliendo los fines básicos para los cual le fue creado y debe indemnizar los perjuicios ocasionados por uno de sus agentes, en cumplimiento del precepto contenido en el artículo 16 de la Constitución Nacional”.

-CDEISCA, Sección Tercera: 6/10/1987, citado por Henao Pérez (1991: 110):

“Frente a tal panorama, fácil es advertir la-falla de la administración, como quiera que entre los deberes sociales que a las autoridades impone el artículo 16 de la Constitución Nacional, sobresalen el de velar por la seguridad de los asociados y el de prestar a éstos unas servicios públicos eficientes y confiables. La correcta construcción, la cuidadosa conservación y el mantenimiento adecuado de las obras y vías públicas, son funciones que competen primordialmente a la administración, de modo tal que el descuido, la negligencia o la omisión en el cumplimiento de tales funciones, son actitudes que revelan desatención del servicio, mala prestación o falta de prestación del mismo, y que comprometen la responsabilidad patrimonial de; ente público a cuyo cargo corre la prestación del respectivo servicio, toda vez que el incumplimiento del deber primario del Estado de prestar adecuadamente los servicios públicos hace presumir la precitada responsabilidad”.

Puede decirse que en la redacción del siguiente fallo se encuentran manifestaciones de lo que sería el Art. 90 de la Constitución Política de Colombia:

“No puede olvidarse que deber elemental del Estado es el mantenimiento del orden público para cuyo cumplimiento tiene en todo momento que estar preparado; y habrá de responder por el daño causado a los particulares con motivo u ocasión de actuaciones multitudinarias a menos que pruebe haber empleado todos los medios a su alcance para evitarlas. Descuidar o dejar de asegurar el orden o ejercer mal o con violencia la función policial acarrea necesariamente una responsabilidad. Si en la represión de desórdenes callejeros se emplean medios innecesarios para restablecer el orden o se presenta un exceso en la ejecución de medidas en principio legítimas, a la administración puede, con toda razón, imputársele una falla en el servicio por la cual debe responder. Porque no es concebible que en un Estado cuya policía cuenta con instrumentos suficientes para reprimir o disolver rápidamente movimientos callejeros,

se empleen medios totalmente desproporcionados como el uso de fusiles y otras armas de guerra similares. Cuando tal cosa sucede y como consecuencia se han causado daños a particulares, se presume la culpabilidad del Estado y ello aun en el caso de culpa personal de sus agentes por la circunstancia de haberlos puesto en contacto con la víctima y proporcionado la oportunidad y los medios de perjudicarla. En un régimen de honesta conducción de la cosa pública, la administración asegura a los administrados, por así decirlo, contra los actos ilícitos de sus funcionarios” (CDE/SCA, Sección Tercera: 28/04/1967, citado por Henao Pérez, 1991: 167s.).

Es indudable y de esta manera se ha establecido de forma unánime que con la Carta Magna de 1991 aparece en la República de Colombia la figura del daño antijurídico, lo que se discute es si con la inclusión de esta normativa la responsabilidad de la Administración Pública en Colombia se torna objetiva. La responsabilidad del Estado resulta “por cualquier daño antijurídico que le sea imputable”, lo que ya no excluye la actividad judicial ni la actividad legislativa (Gómez Cardona, 1995:348).

El Consejo de Estado, una vez elaborada y promulgada la Constitución Política de Colombia, en especial el Art. 90, define la responsabilidad estatal de corte objetiva. Así lo demuestran los siguientes fallos:

- “La situación fáctica que se recoge en la 'causa petendi' debe manejarse a la luz de la idea de 'LESIÓN', como todo perjuicio antijurídico, que es la base o fundamento del deber de reparación, y que ha sido desarrollado en la doctrina española por Leguina y García de Enterría” (CDE, Sección Tercera: 27/06/1991, citado por Henao Pérez, 1996:628).
- “Si bien se advierte que es verdad que en la ley de leyes no se define el concepto de 'daño antijurídico', ello lleva a indagar el alcance actual del mismo, recurriendo a la doctrina española que lo ha precisado en todo su universo” (CDE, Sección Tercera: 31/10/1991, citado por Henao Pérez, 1996:268).

Es de notar que los planteamientos acogidos por la doctrina española sobre la lesión del Art. 106.2 son aplicables al Art. 90 de la Constitución Política de Colombia, por lo tanto, la objetividad en este concepto se sigue por norte en la jurisprudencia del Consejo de Estado, ella es, si se quiere, una de las primeras percepciones o reacciones.

Se pretende con esta disposición (Art. 90 CPC) esbozar de una manera expresa y categórica los avances de la jurisprudencia Colombiana en esta materia. Gómez Cardona (1995:349) señala, bajo el mismo punto de vista discutido, que se desplaza el fundamento de la responsabilidad administrativa, del concepto subjetivo de la antijuricidad de la acción del Estado, al concepto objetivo de la antijuricidad del daño producido por ella. La antijuricidad de carácter objetivo aparece cuando se causa una disminución patrimonial que carece de título jurídico válido y que excede el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social.

Henao Pérez (1995:761) considera que la frase “El Estado debe reparar los daños antijurídicos que le sean imputables”, convierte a la noción de daño antijurídico en una palabra clave que lideriza el sistema de responsabilidad administrativa. De manera pues que el autor señala que el

Estado tiene asignado un deber de reparación fundamentado en el daño antijurídico, el cual tiene una vinculación estrecha con el principio de igualdad de las cargas públicas.

Un individuo, en el devenir de la sociedad, está obligado a soportar ciertas cargas normales, cargas impuestas por la administración. Cuando estas cargas se exceden en su naturaleza y causan detrimento patrimonial en la esfera subjetiva de los particulares se concibe el daño antijurídico. Con ello no quiere decirse que las formas de culpabilidad no tengan relevancia en la noción de daño antijurídico. Si bien es cierto que el dolo y la culpa como formas de culpabilidad no son requisitos de la responsabilidad de la Administración Pública, si pueden constituir en su momento formas de expresar el daño antijurídico por parte de los servidores públicos.

La jurisprudencia colombiana ha esbozado una gran cantidad de ejemplos en materia de responsabilidad objetiva, al afirmar que la responsabilidad de la Administración Pública se compromete probando la existencia del perjuicio causado. Por tal motivo, la noción de daño antijurídico adquiere auge y relevancia en el campo de la responsabilidad de la Administración Pública. A tales efectos pueden citarse fallos. En sentencia del CDE, Sección Tercera: 26/11/1992, se ha reiterado que jurisprudencialmente se sostiene que para el reconocimiento de pretensiones de carácter económico, por perjuicios materiales, no es suficiente con la ocurrencia del hecho, operación u omisión administrativa que haya dado lugar a condenar a la Nación a la reparación del daño, sino que debe demostrarse plenamente (Corte Suprema de Justicia Consejo de Estado y Corte Constitucional, 1993:100).

La norma colombiana (Art. 90), a pesar de divergencias encontradas, tiene carácter objetivo, en el momento en que le son imputables daños antijurídicos, por el solo hecho de haber sido causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, cualquiera que de ella sea (Díaz Bermúdez, 1996:24). Sin embargo, doctrinarios colombianos plantean una posición opuesta, en el sentido que no siempre la Responsabilidad de la Administración Pública en Colombia es de forma objetiva y para ello coloca el siguiente ejemplo jurisprudencial:

“pueden existir hipótesis que no permiten el manejo de la responsabilidad desde la perspectiva exclusiva de ese daño antijurídico. Piénsese por ejemplo en algunos casos de responsabilidad nacidos del incumplimiento de obligaciones de medio y en los cuales esa responsabilidad sólo resultará comprometida cuando dentro de la infraestructura del servicio no se pusieron todos los instrumentos o elementos adecuados e idóneos para evitar la ocurrencia del perjuicio” (CDE:30/07/1992, CITADO POR Henao Pérez, 1996: 629).

De esta forma cuando se presenten daños por incumplimiento de obligaciones de medio la existencia de la falla de servicio es relevante a los fines de determinar la responsabilidad, sino se presenta la falta, no hay responsabilidad (Henao Pérez, 1996: 629).

Por el contrario, y desde otro punto de vista, la jurisprudencia colombiana presenta el tratamiento de la responsabilidad objetiva.

- Sentencia de la CSJ/SCC de Colombia: 21/08/1939, citado por Henao Pérez (1991: 261):

“Esa teoría de la responsabilidad por otro para justificar la del Estado cuando causa daños como Gerente de los Servicios públicos derivada de los principios del derecho

civil que consagra la responsabilidad de los amos por los hechos culposos de sus dependientes, está revaluada por la nueva concepción que quiere fundar la responsabilidad culposa en un concepto objetivo principalmente, equivalente al deber del Estado de reparar los daños que cause a los ciudadanos por el funcionamiento inadecuado de los servicios públicos, con secundaria consideración a la falta o culpa imputable a los agentes encargados ilegalmente de poner en actividad esos servicios”.

- Sentencia de la CDE/SP: 16/12/1987, citado por Henao Pérez (1991: 263):

“La responsabilidad extracontractual, según el plano en el cual el acusador planteó su impugnación, es subjetiva u objetiva.

La distinción, a juicio del suscrito, se funda en los elementos psicológicos que sirven de referencia al artículo 2341 y siguientes del Código Civil de la nación.

Según este criterio, la responsabilidad sería subjetiva cuando el daño se origina en la conducta culposa o dolosa del agente –directo o indirecto- ocasionante del mismo, y objetiva cuando tales elementos no cuentan para proferir el juicio de responsabilidad”.

- Sentencia del CDE, Sección Tercera: 31/10/1991, citado por Henao Pérez (1991:787).

“fácilmente se comprende que los ciudadanos que transitan por las vías públicas no tienen por qué soportar ningún detrimento patrimonial por el hecho de hacerlo. La sola circunstancia de que una piedra se desprenda de las alturas y cause un daño al peregrino que pasa, permite afirmar que se ha registrado una antijuricidad objetiva, dentro de; temperamento en que discurre el profesor García de Enterría en el aparte de su obra ya transcrito”.

En fallo de fecha 5/08/1994, citado por Tamayo Jaramillo (1997:37), el Consejo de Estado atenúa la teoría de la responsabilidad objetiva, cuando destaca Valor e importancia a la figura de la falla del servicio, precisamente por la marcada influencia francesa que presenta el recorrido de la responsabilidad administrativa en Colombia a diferencia de la teoría netamente objetivista que supone el sistema planteado por el constituyente español al redactar el Art. 106.2.:

“La noción de la falla del servicio no desaparece, como lo ha señalado la sala, de la responsabilidad estatal fundada en el citado artículo 90 de la carta. Cuando de ella se derive la responsabilidad que se imputa a la administración, se constituye en un elemento que debe ser acreditado por el demandante. Así, lo ha repetido esta misma sala:

“En otros términos, el daño es antijurídico no solo cuando la administración que lo causa actúa irregularmente, sino cuando esa conducta lesiva esté ajustada al ordenamiento.

Pero decir antijurídico no quiere significar que la noción de falta o falla de servicio desapareció de la responsabilidad estatal y menos que el acreedor de la

indemnización ya no tenga que probar la falla si la hubo o la conducta irregular que lo lesionó.

En otras palabras, cuando se alega que la conducta irregular de la administración produjo el daño (la falla del servicio en el lenguaje corriente) tendrá que probarse esa irregularidad, salvedad hecha de los eventos en que esa falla se presume. En ambas hipótesis ese primer presupuesto de la responsabilidad deberá gobernarse por las reglas de la carga probatoria. Y cuando se afirma que ese daño se produjo sin falta o falla de la administración pero el que lo sufre no tenía por qué soportarlo, el acreedor, como es apenas lógico, deberá demostrar el daño y el por qué, pese a ser legal la actuación de la administración, no tenía por qué sufrirlo.

En síntesis, la nueva Constitución, a pesar de su amplitud en materia de responsabilidad, no lo hizo exclusivamente objetiva ni borró del ordenamiento la responsabilidad por falla del servicio. Las nociones de imputabilidad y de daño antijurídico sí lo dan a entender”.

En líneas generales, la jurisprudencia del Consejo de Estado aclara que no siempre que se trate de un daño antijurídico se está en presencia de responsabilidad objetiva, pues habrá casos en los cuales la falla de servicio será relevante para comprometer la responsabilidad de la Administración Pública y en ello se observa la marcada influencia de la jurisprudencia francesa que al efecto supone la responsabilidad administrativa colombiana, lo cual se distingue de la teoría netamente objetivista que prevalece en el constituyente español.

El daño antijurídico se aplica a los dos regímenes de responsabilidad, ya sea sin falta o por falta. Obsérvese al respecto los siguientes ejemplos:

- Sentencia del CDE, Sección Tercera: 2410211995, citado por Henao Pérez (1996:786):

“Lo precedente releva de otras consideraciones, dada la claridad del asunto, ya que el proceso pone de presente un evidente rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas. Así, se demostró que el conductor del vehículo particular, señor José del Carmen Núñez, fue obligado a prestar un servicio a la autoridad (transporte de tropa por zona de alta confrontación guerrillera), con tan mala suerte que los militares fueron emboscadas por los delincuentes organizados, quedando de ese enfrentamiento varios muertos, entre éstos el citado conductor. Se le impuso a la víctima una carga excepcional que no tenía por qué soportar; y dado el resultado de esa exigencia que la Nación le impuso deberá indemnizar a los damnificados”.

Sentencia del CDE, Sección Tercera: 21/06/1995, citado por Henao Pérez (1995:786s.):

“la problemática que se plantea en el sublite asegura la aplicación de régimen de responsabilidad por daño especial, pues el demandante, a pesar de su inocencia, debió soportar las consecuencias que brotan de la improductividad de sus bienes, por la sola razón del actuar administrativo del Estado con miras a combatir el narcotráfico”.

- Sentencia del CDE, Sección Tercera: 13/07/1993, citado por Henao Pérez (1995:782):

- “...el concepto anterior, el de la falla de servicio como sustento del régimen de responsabilidad extracontractual del Estado, no sólo ha sido cotidiano y reiterado sustento jurídico de la justicia contencioso administrativa para decidir las controversias sobre responsabilidad patrimonial pública, con mayor fuerza en la actualidad, con base en lo previsto en el artículo 90 de la Carta Política vigente, sino que continúa orientando, en número mayoritario, las providencias respectivas. Precisamente y para darles claridad a algunas anticipadas concepciones doctrinales, la Sala ha clarificado la vigencia de la jurisprudencia de la teoría de la falla del servicio, en simultaneidad con el concepto de daño antijurídico, sobre el cual se estructura el régimen Constitucional del artículo 90 sobre responsabilidad patrimonial de los entes oficiales”.

- Sentencia del CDE, Sección Tercera: 28/04/1967, citado por Henao Pérez (1995:748):

“es primer deber del Estado procurar la realización del bien común, principio consagrado en el Art.16 de la Constitución; para ello dispone y organiza los llamados 'servicios públicos'. Ahora bien: si como consecuencia, bien de un mal funcionamiento del servicio o de su 'no funcionamiento' o del tardío funcionamiento del mismo se causa una lesión o un daño, el Estado es responsable y por consiguiente está en la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados. Y esto con prescindencia de la culpa personal del agente o agentes encargados de la prestación del servicio, pues bien sea que aquel o aquellos aparezcan o no como responsables del hecho dañoso, la administración debe responder cuando el daño se ha causado como consecuencia de una falla en el servicio que estaba obligado a prestar, por cuanto, se repite, esa responsabilidad se origina en último término en el deber primario del Estado de suministrar a los asociados los medios conducentes a la efectividad de sus servicios, a la consecución de sus fines; en otras palabras, a la realización del bien común”.

Así las cosas y a manera de una breve reseña que marca pauta en la antijuricidad del daño es lo concerniente a la opinión de la Corte Constitucional Colombiana en lo que se refiere al daño antijurídico. En sentencia de fecha 1/08/1996, citado por Tamayo Jaramillo (1997), se estudia el alcance del Art. 90 de la Constitución Política de Colombia y concluye que el concepto de daño antijurídico está íntimamente relacionada con el de falla de servicio. Es de notar los principales criterios a los cuales llegaron los jurisprudencia en aquella oportunidad.

En primer lugar, el mandato constitucional contenido en el Art. 90 es imperativo porque ordena al Estado a responder y a su vez no establece distinciones según los ámbitos de actuación de las autoridades públicas, es decir, abarca la rama legislativa, ejecutiva y judicial.

En segundo lugar, la norma establece dos requisitos para que opere la responsabilidad, a. Que haya un daño antijurídico y b. Que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública.

En tercer lugar, la noción del daño antijurídico es aplicable tanto en el ámbito de la responsabilidad administrativa extracontractual como en la contractual. En ello coincide con los criterios esbozados por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del Consejo de Estado en Sentencias del 8/05/1995 y 13/07/1993.

En cuarto lugar, cataloga al daño antijurídico como aquel que se subsume en cualquiera de los regímenes tradicionales de responsabilidad del Estado. En este caso no sólo la antijuricidad del daño cobra importancia en el plano objetivo de la responsabilidad sin falta, sino que también la cobra en el plano de la responsabilidad por falta, al quedar claro que ni para el Consejo de Estado ni para la Corte Constitucional el concepto de daño antijurídico es sinónimo de responsabilidad objetiva.

## España

La lesión patrimonial en el plano de la responsabilidad es vista en España no sólo desde el punto de vista constitucional sino también desde el punto de vista legal.

Como primer requisito de la responsabilidad de la Administración Pública se presenta la figura de la lesión patrimonial, lesión en cualquiera de los bienes y derechos, que sea efectiva, evaluada económicamente e individualizada con relación a un individuo o a un número de individuos. Así lo establecen los Arts. 122.1 de la Ley de Expropiación Forzosa, 40.2 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y el 139.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En fallo de fecha 23/06/1995 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo Español, citado por González Pérez (1996:228), se confirma este requisito: “Es requisito de la responsabilidad patrimonial la efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluada económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas”.

Ni constitucional ni legalmente se ha establecido lo que se entiende por esta “lesión sufrida” y por ello la doctrina y la jurisprudencia han delimitado su alcance e importancia. Al respecto el autor Blasco Esteve (1985:176) ha señalado que por lesión ha de entenderse el perjuicio antijurídico en sí mismo, es decir, el perjuicio que el particular dañado no tiene el deber de soportar. Acoge la antijuricidad objetiva, relativa al patrimonio objeto de daño.

En la evolución legislativa que marca el sistema español existen ciertas disposiciones que acogen la figura de; daño a secas. La Ley municipal de 1935 dispone en su Art. 209 la noción de daños y perjuicios causados por las entidades municipales en el plano civil. Se habla de una reparación civil más no administrativa.

Sin duda alguna, la antijuricidad subjetiva, se plantea en lo que se entendía entonces por el fundamento legal de la responsabilidad administrativa, el Art. 1902 del Código Civil, quien por culpa o negligencia causa un daño a otro está obligado a reparar el daño causado. Es de importancia relevante la actitud culposa (imprudente, negligente, inexperta) de la persona que causa el daño, en el plano civil; y estas ideas se traspasan al campo de la responsabilidad del Estado, en particular de la Administración Pública en el plano extracontractual siendo, en consecuencia, la actitud del funcionario objeto de censura, si ésta es, o no, culpable, sea dolosa o culposa (Garrido Falla, 1992:258).

El Art. 1903, párrafo 5, del Código Civil contempla que el Estado es también responsable cuando actúa a través de un agente especial, pero no cuando el daño sea causado por el funcionario

al que está normalmente atribuida la actividad realizada. De igual manera, la antijuricidad subjetiva prevalece sobre la antijuricidad objetiva, acá la responsabilidad no es directa, la única forma que queda en manos de un particular para reclamar el daño sufrido consiste en demandar directamente al funcionario causante del daño, la conducta del funcionario cobra importancia para determinar la responsabilidad del Estado. No se trata de una responsabilidad directa del Estado, porque no responde la persona jurídico-pública, sino la persona física o natural que cometió la falta. La Ley de 5 de abril de 1904, exige un recordatorio previo al particular que piense incoar una acción de responsabilidad civil contra algún funcionario público (Garrido Falla, 1992:259).

En esta forma el sistema de indemnización que acogía el Código Civil prescribe la antijuricidad subjetiva, presupuesto que hace imposible la existencia de la responsabilidad de; Estado, como persona pública. Sólo los funcionarios eran responsables (Garrido Falla, 1992:259).

La Constitución Republicana de 1931, dispone en su Art, 41.3 “Si el funcionario público, en el ejercicio de su cargo, infringe sus deberes con perjuicio de terceros, el Estado o la Corporación a quien sirvan serán subsidiariamente responsables de los daños y perjuicios consiguientes, conforme determine la ley. Sigue prevaleciendo la antijuricidad subjetiva, lo fundamental es determinar si el funcionario actuó o no, conforme a la ley, si sus actuaciones dañosas fueron consecuencia de su mal obrar.

Más adelante, la Ley de Régimen Local de 1950 marca un primer paso hacia el contexto de la antijuricidad objetiva del daño. Se plantea en este texto jurídico una responsabilidad que tiene dos fases: la primera de ellas no tomaba en cuenta la culpa o negligencia de las autoridades, respondiendo de forma directa las entidades locales cuando los daños hubiesen sido causados con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos o del ejercicio de las atribuciones de la entidad local, sin culpa o negligencia graves imputables personalmente a sus autoridades, funcionarios o agentes. Los componentes de una antijuricidad subjetiva, es decir la culpa o negligencia graves de las autoridades, funcionarios o agentes se tomaba en cuenta de forma subsidiaria para que las entidades locales repararan los daños causados.

Es la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 la que sirve de mayor avance y sin duda alguna constituye el soporte que inspira la figura de la lesión que aparece en la redacción del Art. 106.2 de la Constitución Española, al prescribir que:

“Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o de la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir a sus funcionarios con tal motivo”.

De tal manera que se presenta una limitación: sólo puede reclamarse responsabilidad por daños sufridos precisamente en bienes expropiables, quedan fuera, los daños físicos a las personas, incluida la propia vida. Asimismo, la innovación más trascendente de esta disposición es haber eliminado la consideración de los elementos de ilicitud y culpa y construir de esta forma el sistema de responsabilidad administrativa. El criterio de la lesión es el que se vislumbra y acoge auge. lesión

en cuanto perjuicio considerado antijurídico de forma objetiva, en el cual no importa si el causante del daño causó o no el daño, lo importante es repararlo.

La ley de Régimen Jurídico de la Administración de; Estado, de 1957, subsana las deficiencias que presenta la Ley de Expropiación Forzosa al establecer en su Art. 40:

“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa”.

Con respecto a la redacción de este Art. pareciera que el sistema español consagra en toda su amplitud la figura de la antijuricidad objetiva del daño porque no parece del todo cierto que sea indiferente si el servicio funcionó de forma normal o no.

Nieto, citado por Garrido Falla (1992:262), considera:

“La responsabilidad objetiva necesita de un contrabalance técnico que ponga límite a su ambiciosa formulación inicial... Sólo de esta manera dejará de ser el instituto de la responsabilidad administrativa un juego de azar o una adivinanza. Es importante encontrar un punto de equilibrio sin oscilar pendularmente, como hasta hora viene haciendo la jurisprudencia en su casuística, entre desestimaciones que pueden parecer excesivamente rigurosas y estimaciones que también pueden parecer excesivamente generosas”.

Además la misma jurisprudencia se ha encargado de esbozar el camino legislativo hacia la idea de objetividad en la responsabilidad. Una sentencia del Tribunal Supremo Español de fecha 13 de marzo de 1989, citada por González Pérez (1996:224), lo resume en los siguientes términos:

“La responsabilidad directa y objetiva de la administración, iniciada en nuestro ordenamiento positivo por los Arts. 405 y 414 de la Ley de Régimen Local de 1956, y consagrada en toda su amplitud en los Art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración de; Estado y 121, 122 y 123 de la ley de Expropiación Forzosa y concordantes de su Reglamento, ha culminado, como pieza fundamental de todo Estado de Derecho, en el Art. 106.2 de la Constitución, al establecer que los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia de; funcionamiento de los servicios públicos”.

González Pérez (1996:138) señala que la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública es objetiva desde la Ley de Expropiación Forzosa, siguiendo por la Ley de Régimen Jurídico, hasta la normativa actualmente vigente, nace al margen de toda idea de culpa o ilegalidad.

El sistema de responsabilidad objetiva permite una reparación integral de la lesión causada por la actuación administrativa (González Pérez, 1996:220). La importancia de la lesión antijurídica en el sistema de responsabilidad administrativa obedece al carácter de requisito esencial y necesario para que opere dicho sistema. Incluso, si se realiza un análisis gramatical del Art. 106.2 de la Constitución Española se llega a la conclusión que el término “lesión” ocupa un lugar privilegiado, no hay referencia alguna a la ilicitud, a la culpabilidad de la conducta de la administración, sólo se señala la actividad que va a generar responsabilidad, la cual es el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Estos alegatos son considerados algunas de las razones para concluir que la responsabilidad administrativa en España es de carácter objetivo (Blasco Esteve, 1985:171).

De igual forma, se ha venido sosteniendo en el ámbito jurisprudencial y recientemente el Tribunal Supremo Español lo reitera en sentencia del 25/05/1995, citada por González Pérez (1996:227):

“...para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la administración son precisos los siguientes requisitos: a) la efectiva realidad de daño o perjuicio, evaluado económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas; b) que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal; c) ausencia de fuerza mayor y d) que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente por su propia conducta”

Hasta esta fecha la jurisprudencia española había admitido como requisitos los tres primeros, entre otras sentencias del Tribunal Supremo Español de fechas 13/3/1989, 3/1/1990, 14/12/1990 y con esta decisión incorpora la antijuricidad relativa al patrimonio de la víctima, y no a la conducta culpable del funcionario que ha causado el daño.

En el plano doctrinal la lesión patrimonial y la antijuricidad constituyen dos elementos sine qua non de la existencia de la responsabilidad (González Pérez, 1996:228).

En lo que respecta a la antijuricidad del daño en el funcionamiento de la administración de justicia se debe apreciar en forma objetiva, sin tener en cuenta el dolo o la culpa de quien lo haya cometido. El Art. 296 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que el Estado responderá también de los daños que se produzcan por dolo o culpa grave, lo cual permite presumir que aun cuando no hubiese existido dichas formas de culpabilidad el Estado responde de forma directa, sin que pueda darse el derecho de repetición contra el Juez que hubiese incurrido en error (González Pérez, 1996:100).

Finalmente, cabe destacar que las más recientes posiciones jurisprudenciales son contestes en considerar a la lesión resarcible española de carácter objetivo.

“La responsabilidad de la Administración se funda en el criterio objetivo de la lesión entendida como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar (Tribunal Supremo Español - TSE -, 11/6/1993, Ar. 4375; posición sostenida en múltiples sentencias, entre otras, TSE, 19/01/1988; 11/04/1989,

Ar. 2836; 8/02/1991, Ar. 1214; 13/01/1992, Ar. 555; 2/11/1993, Ar. 8182; 22/04/1994, Ar. 2722; 23/06/1995, Ar. 4782) (Citado por Ortiz Álvarez, 1997: 21).

En materia de servicios públicos, se sabe que en España la responsabilidad administrativa gira en torno a esta materia, por ser el citado Art. 106.2 su norma matriz. Ahora bien, ¿es posible la coexistencia de los dos regímenes de responsabilidad en la prestación del servicio público? En la prestación del servicio público el sistema de responsabilidad administrativa se presenta en dos vertientes o regímenes asimilables a los estudiados: responsabilidad por el buen funcionamiento de los servicios públicos (responsabilidad por sacrificio particular o sin falta) y responsabilidad por el mal funcionamiento de los servicios públicos (responsabilidad por funcionamiento anormal o por falta). Es decir, que ante la interrogante que precede el autor Garrido Falla (1992:264) responde afirmativamente de la siguiente forma “...en el derecho administrativo español coexisten dos sistemas de responsabilidad: 1) la responsabilidad por mal funcionamiento del servicio público y 2) la responsabilidad por riesgo creado que genera el funcionamiento normal de los servicios públicos cuando se dan determinadas circunstancias que justifican esta responsabilidad objetiva”. En el primero de los casos el particular que se ve lesionado tiene la obligación de probar el mal funcionamiento a diferencia del segundo en donde sólo basta probar el daño producido y la relación de causalidad.

Puede darse el caso que la administración actúe de forma normal y genere daños a los particulares. Como ejemplo de ello, la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo Español del 8/06/1998 relata el caso de un Profesor aprehendido por la policía que hubo de soportar:

“...las vejaciones inherentes a toda clase de detenciones de la policía, pues, a pesar del trato correcto al que fue objeto, tuvo que posar de frente y de perfil para un fotografiado, estampar las huellas dactilares en una cartulina, compartir calabozo y coche celular con verdaderos delincuentes, ser observado por muchas personas a la salida del Colegio acompañado por la policía, a la salida de la Comisaría para subirse en dicho coche celular y, para colmo de males, su fotografía se encuentra actualmente en los ficheros de la policía, en el mismo cajón de fotos que enseñan o exhiben a los ciudadanos que acuden a la policía para identificar a violadores de mujeres”.

Cabe apreciar si hay o no derecho a la indemnización a pesar de haber obrado la policía de forma normal en la gestión del servicio. Pues para el Tribunal Supremo, el funcionamiento de la policía fue absolutamente normal, por lo que no hubo lugar a indemnización. Asimismo, en Sentencia del 22/11/1991 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo Español, citado por Garrido Falla (1992:267) se ha establecido que:

“...se trata de una lesión que causa un perjuicio que como tal resulta ilegítimo, es decir, que en ningún caso es conforme a Derecho, ni debía haber sido sufrido por el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de los servicios. Por tanto, cualquiera que se la posición entre responsabilidad por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, se llega a la consecuencia de que quien sufrió el perjuicio no estaba obligado lícitamente a soportarlo”.

Entonces eminentemente en el derecho español, en materia de los públicos, la teoría de la responsabilidad extracontractual de la administración Pública es objetiva.

## Conclusiones

La tesis de la objetividad de la responsabilidad responde al siguiente lema: La Administración Pública causa un daño a un particular, esta deberá repararlo, aunque no exista culpa. En Venezuela, la jurisprudencia se encargará de establecer estos criterios con ayuda de la doctrina y de la misma doctrina jurisprudencial extranjera que pueda irse al derecho venezolano y que no desnaturalice el sentido de la responsabilidad. Será difícil establecer un criterio unívoco basado en la teoría del riesgo, la falla del servicio, la culpa. Dependiendo del caso se irá el criterio. Sin embargo, hay casos donde existen dudas de operabilidad del sistema, p. ej., la noción del riesgo operará en el régimen de responsabilidad sin falta, todos aquellos daños producto de actuaciones riesgosas (cables de alta tensión, tanques de agua, etc.).

En España y en Colombia se reflejan los criterios de determinación responsabilidad en la redacción de los Art. 106.2 CE, y Art. 90 CPC. Si bien en el primer caso salta a la vista el criterio objetivo de la antijuricidad, en Colombia resulta un poco más complicado de visualizar, sin embargo la antijuricidad objetiva cobra un papel importante sin dejar de a noción de la falla del servicio y la culpa de la administración. En Venezuela el panorama es diferente, queda en manos de la jurisprudencia los criterios de determinación para cada caso en concreto, tomando en consideración las circunstancias de tiempo, lugar, niveles de soportabilidad y por supuesto el standard mínimo de rendimiento que desafortunadamente caracteriza a la Administración Pública venezolana.

## Bibliografía

- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. 1999a. **Anteproyecto de la Comisión Constitucional.- Versión del 18 de octubre.** <http://politi-ca.eud.com/>
- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. 1999b. **Anteproyecto de la Comisión Constitucional. Versión aprobada en plenaria.** <http://politi-ca.eud.com/>
- BLASCO ESTEVE, A. 1985. **La Responsabilidad de la Administración por actos administrativos.** Madrid: Edit. Civitas.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA. 1961. **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**, 3.357 (Extraordinario), Marzo 2, 1984.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. 1999. **Gaceta Oficial de la República de Venezuela.** No. 36860. Diciembre 30 de 1999. Reimpresión por error material del ente emisor. **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.** No. 5453 (Extraordinario). Marzo 24 de 2000.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CONSEJO DE ESTADO Y CORTE CONSTITUCIONAL 1993. **Gaceta Jurisprudencial.** Santa Fe de Bogotá: Edit. LEYER. (Revista Trimestral No. 5).

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA. 1995. Sentencia del 3/08/1995. Caso José Rafael Marín y Navol Bautista Martínez -CADAPE.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA. 1994. Sentencia del 24/03/1994. Caso Nemecio Cabeza-CADAPE.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SAI A POLÍTICO ADMINISTRATIVA. 1984. Sentencia del 19/07/84. Caso Alba Orsetti -Cabello Sánchez II.
- DÍAZ BERMÚDEZ, J. 1996. **Aspectos Teóricos y Constitucionales de la responsabilidad extracontractual del Estado**. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 101, 17-26.
- GARRIDO FALLA, F. 1992. **Tratado de Derecho Administrativo**. (10ma. ed). (T II). Madrid: Edit. Tecnos.
- GÓMEZ CARDONA, E. 1995. **Nuevo Derecho Administrativo Colombiano: General y Especial**. Medellín: Biblioteca Jurídica DIKE.
- GONZÁLFZ PÉREZ, J. 1996. **Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas**. Madrid: Edit. Civitas.
- HENAO PÉREZ, J. 1996. Reflexiones sobre el futuro de la Responsabilidad Extracontractual del Estado. Análisis a partir del tema en el Derecho Colombiano. **Formas de la Actividad Administrativa: 11 Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer Carias**. (pp. 407-476). Caracas: Fundación Estudios de Derecho Administrativo.
- HENAO PÉREZ, J. 1995. Presentación General de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Colombia. **II Jornadas Colombo-Venezolanas de Derecho Público**. (pp. 729-803).
- HENAO PÉREZ, J. 1 991. **La Responsabilidad Extracontractual del Estado en Colombia: Evolución Jurisprudencial 1864-1990**. (Universidad Externado de Colombia). Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike.
- IRIBARREN MONTEVERDE, H. 1992. **La Responsabilidad Administrativa Extracontractual**. Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello, 44, 131-172.
- LÓPEZ, 1. (Comp.). 1 991. **Constitución Española**. (5º ed.) Madrid: Edit. Tecnos.
- ORTIZ ALVAREZ, 1. 1 999. Hacia la consolidación de la Responsabilidad Patrimonial del Estado en Venezuela: (Breves comentarios a la sentencia de la CSJ-SPA de fecha 29-10-1998: otro avance en el régimen de responsabilidad sin falta o por sacrificio particular. **Revista de Derecho Administrativo**, 5, 305-315.
- ORTIZ ALVAREZ, 1: 1997. **Jurisprudencia de Responsabilidad Extracontractual de; Estado (1961-1997)**. Caracas: Edit. Jurídica Venezolana. (Colección Jurisprudencia, 5).

- ORTIZ ALVAREZ, L. 1995a. **La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública: Estudio del Derecho Venezolano y Análisis Comparativo con el Derecho Extranjero.** Caracas: Edit. Jurídica Venezolana, (Colección Estudios Jurídicos No. 64).
- ORTIZ ALVAREZ, I. 1995b. **El Daño Cierto en la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública.** Caracas: Edit. Jurídica Venezolana. (Cuadernos de la Cátedra Fundacional Allan R. Brewer Carías de Derecho Público. Universidad Católica del Táchira No. 3).
- ORTEGA TORRES, J. (Comp). 1991. **Constitución Política de Colombia.** (20. ed.). Santa Fe de Bogotá: Edit. TEMIS.
- TAMAYO JARAMILLO, J. 1997. **La Responsabilidad del Estado. El riesgo excepcional y las actividades peligrosas. El daño antijurídico (Const. Pol., Art. 90).** Santa Fe de Bogotá: Edit. TEMIS.