

PERSPECTIVA CRÍTICA TRIALISTA DE LA TEORÍA DE LA
RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LAS PERSONAS
JURÍDICAS Y DEL ESTADO.

GIOVANNI YAIR GUTIÉRREZ GÓMEZ

UNIVERSIDAD LIBRE
FACULTAD DE DERECHO.
POSGRADOS: MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ D.C.
2011.

PERSPECTIVA CRÍTICA TRIALISTA DE LA TEORÍA DE LA
RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LAS PERSONAS
JURÍDICAS Y DEL ESTADO.

GIOVANNI YAIR GUTIÉRREZ GÓMEZ

TESIS DE GRADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE MAGISTER EN DERECHO
ADMINISTRATIVO.

TUTOR: DOCTOR JUAN PABLO GALEANO.

UNIVERSIDAD LIBRE
FACULTAD DE DERECHO.
POSGRADOS: II SEMESTRE MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ D.C.
2011

A mi esposa Sandra y a mi hijo Juan David, fuentes de mi inspiración para alcanzar tantos logros.

A mis Padres, Inés y Enrique por la educación que me brindaron.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION.....	4
-------------------	---

PRIMERA PARTE

DESCRIPCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE LOS ENTES JURÍDICOS Y DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS Y CORRIENTES IUSFILOSOFICAS OCCIDENTALES.

Capítulo I

Descripción normativa, conceptual y estructural de la responsabilidad
extracontractual de las personas jurídicas y del Estado.

1. Descripción normativa de la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas y del Estado.	18
2. Descripción conceptual de la responsabilidad jurídica patrimonial extracontractual y de las personas jurídicas..	24
2.1. Concepto de Responsabilidad jurídica patrimonial extracontractual	24
2.2. Concepto de Persona jurídica	32
2.2.1. Teorías tradicionales que explican su naturaleza,.....	33
2.2.1.1. Teorías que niegan la existencia de la persona jurídica	34
a. En primer lugar la teoría de la ficción.....	34
b. Teoría del patrimonio para un fin.....,.....	36
c. Teoría individualista..... ..	36
d. Teoría de León Duguít	37
2.2.1 2. Teorías de la realidad.....	38
a. Teoría orgánica.....	38

b . Teoría de la persona real ideal	39
c. Teoría del derecho subjetivo.....	40
d. Teoría de la organización	41
e, Tesis de Ferrara	41
f. Teoría egológica de la personalidad jurídica	42
g. Teoría de H.L. Hart	42
2.2. 1 .3. Corolario Teórico y concepto de persona jurídica.....	43
3. Descripción estructural de la Responsabilidad extracontrastual de las personas jurídicas y del Estado	47
3.1. Estructura General.....	47
3.2. Estructura según el régimen subjetivo y objetivo y principio <i>onus probandi</i>	50
4. Fundamentos o razones formales de la responsabilidad patrimonial extracontractual de los entes jurídicos y aproximación del problema.....	51
4.1. Fundamentos o razones formales de la responsabilidad patrimonial extracontractual de los entes jurídicos	51
4.1,1. Fundamentos Ontológicos	52
4.1.2. FundamentoTeleológicooGarantista	52
4.1.3. Razonesdeequidadojusticia	53
4.1.4. Razones prácticas y sociales	54
4.1.5. Razones normativas o positivistas	55
4.2. Aproximación del problema.....	55

Capítulo II

Descripción de los sistemas jurídicos y corrientes iusfilosóficas que determinan el valor de las fuentes del derecho

1. Sistemas jurídicos occidentales. <i>El common y el civil law</i>	59
1.1. El common law	60
1.2. El civil law	62

2. Las escuelas iusfilosóficas de occidente.....	64
2.1. La escuela del iusrealismo.....	65
2.2. La escuela de iuspositivismo.....	66
2.3. El realismo jurídico.....	67
2.4. Escuelas eclécticas o integradoras. El trisismo o tridimensionalismo jurídico.....	68

Capítulo III

Planteamiento y Justificación del problema de la teoría de la responsabilidad extracontractual de los entes jurídicos frente al trisismo jurídico.

1. Planteamiento y Justificación del problema.....	72
--	----

SEGUNDA PARTE

EL SISTEMA JURÍDICO E IUSFILOSÓFICO COLOMBIANO Y RESPONSABILIDAD DE LOS ENTES JURÍDICOS FRENTE AL TRISALISMO.

Capítulo I

El sistema jurídico e iusfilosófico colombiano.

1. El sistema jurídico colombiano	76
1 .1. Valor del precedente actual en la jurisdicción común	82
2. Tendencias /usflosóficas del sistema jurídico colombiano	88

Capítulo II.

Dimensiones de la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas y del Estado.

1.	Dimensión fáctica o realista de la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas y del Estado.....	95
1.1.	Breve referencia histórica de la personalidad jurídica y de su responsabilidad	96
1.1.1.	Referencia Histórica de la personalidad jurídica	96
1.1.2.	Breve Alusión Histórica de la Responsabilidad del Estado, de la persona jurídica y del gobernante	102
1.2.	Corolario histórico realista	108
1.3.	Fundamentos causales a considerar (causa-efecto).....	112
2.	Dimensión axiológica de la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas y del Estado	116
2.1.	La necesidad y la reflexión individual como primer eslabón teleológico que aproxima al nivel deontológico de la conducta e ingreso a la responsabilidad subjetiva como axioma	117
2.2.	La consolidación de un interés común como justicia o axioma objetivo frente a la responsabilidad de los entes jurídicos	120
3.	Dimensión formal o positivista de la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas y del Estado	141
3.1.	Responsabilidad patrimonial de los entes jurídicos de derecho privado frente al régimen normativo colombiano	142
3.2.	Responsabilidad patrimonial del Estado y sus elementos normativos: daño antijurídico e imputación	146
3.2.1.	El daño antijurídico y el daño jurídico	148
3.2.2.	La imputación	160
3.2.3.	La responsabilidad patrimonial de los entes jurídicos y su capacidad legal	162

TERCERA PARTE

COROLARIO TEÓRICO Y CONCLUSIONES

Capítulo I

Integración tridimensional de la personalidad jurídica y de su responsabilidad.

1. Teoría Tridimensional de la personalidad jurídica179
2. Ponderación jurídica tridimensional de los entes jurídicos y de su responsabilidad extracontractual 182

Capítulo II

Conclusiones

1. El Sistema de responsabilidad extracontractual de los entes jurídicos es el fruto jurisprudencial de una moda foránea192
2. El sistema de responsabilidad extracontractual de los entes jurídicos se introdujo desconociendo las fuentes del derecho colombiano194
3. El sistema de responsabilidad extracontractual de los entes jurídicos no resulta eficaz194
4. El régimen de responsabilidad extracontractual de los entes jurídicos no se aprecia justo 195
5. El régimen de responsabilidad extracontractual de los entes jurídicos no se aprecia formalmente válido 196
6. El régimen de responsabilidad extracontractual de los entes jurídicos favorece los intereses de los verdaderos responsables y detentadores del poder 196
7. La única responsabilidad patrimonial de los entes jurídicos posible es la derivada del daño jurídico
8. Bibliografía198

PERSPECTIVA CRÍTICA TRIALISTA DE LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y DEL ESTADO¹.

TRIDIMENSIONAL REFLECTION ABOUT THE RESPONSIBILITY THEORY OF CORPORATIONS AND STATE BY TORTS.

Giovanni Yair Gutiérrez Gómez².

Universidad Libre, Bogotá D.C.

gioguti74@hotmail.com

RESUMEN.

El presente trabajo comprende una reflexión y análisis crítico de la teoría de la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas y del Estado a partir de la teoría tridimensional del derecho expuesta principalmente por el jurista Werner Goldschmidt, para cuyo efecto el mismo se compone de tres partes: una primera parte con carácter descriptivo normativo, conceptual y estructural de la teoría de la responsabilidad extracontractual, así como la descripción de los sistemas jurídicos y corrientes iusfilosóficas occidentales; una segunda parte de contenido analítico, en la que se retoma la teoría trialista del derecho auscultando cada una de las aristas que la misma ofrece, esto es, normativa, axiológica y realista, frente a la teoría de la responsabilidad de los entes jurídicos; y la tercera parte que expone las conclusiones de tales reflexiones y críticas.

¹ El presente trabajo es el resultado de la investigación y la correspondiente tesis de Maestría, Perspectiva Crítica Trialista de la Teoría de la Responsabilidad Extracontractual de las Personas Jurídicas y del Estado. Universidad Libre. Bogotá D.C. – Colombia.

² Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Libre de Bogotá D.C.- Colombia. Abogado Especialista en Instituciones Jurídico Procesales de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho Comercial y Financiero de la Universidad Católica de Colombia. Diplomado en Conciliación y Arbitraje en Derecho de la Cámara de Comercio de Ibagué, Tolima. Ha Laborado como Auxiliar de Magistrado del tribunal Superior de Cundinamarca, en la Sala Administrativa del Consejo seccional de la Judicatura, Defensor Público de la Defensoría del Pueblo por concurso, Juez Penal Municipal, Ministerio del Interior y de Justicia, Abogado Asesor y Consultor, Candidato a Juez Civil del Circuito Por Concurso De Méritos.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad extracontractual, personas jurídicas, Estado, sistemas jurídicos, corrientes iusfilosóficas, tridimensionalismo jurídico.

ABSTRACT

This write has by object to do a reflection and an analysis critic of the responsibility theory of the corporations and the state by torts, to that work the write takes the tridimensional law theory developed principally by Werner Goldschmidt, for that reason the write has three parts: one to describe the responsibility theory by torts from corporations about it formal law, concept and structural form, so to describe the legal system and philosophy law from west; second part, to study and analyze the tridimensional law theory to confront between this one and the responsibility theory by torts from corporations; and finally, third part to make a conclusion from this reflection.

KEY WORDS

Responsibility, torts, corporations, State, law systems, philosophy law, tridimensional law theory.

PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN

Se pretende determinar entonces si a la luz de la teoría trialista del derecho, la teoría de la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas y del Estado es válida, justa y eficaz.

ESTRATEGIA METODOLÓGICA

Para efectos del presente trabajo, se adoptará un plan de investigación de carácter dialéctico que nos permita confrontar los argumentos formales de la responsabilidad de las personas jurídicas y del Estado colombiano frente a los postulados ontológicos, deontológicos y formales del formalismo jurídico, aunque eventualmente con algunos matices comparativos y cronológicos, abordando el tópico de manera descriptiva, analítica, cualitativa, deductiva e inductiva para cuyo propósito se acudirá a una bibliografía formalista y otra filosófica.

INTRODUCCIÓN.

Desde el punto de vista jurídico, la responsabilidad extracontractual de los entes jurídicos, entre ellos el Estado, ha de ubicarse dentro de la teoría general de los derechos subjetivos, en la que aquéllos se estudian, no como institución política como acontece con el Estado, sino como sujetos de derecho, capaces de contraer derechos y obligaciones, dentro del que se comprenden o analizan aspectos como la personalidad jurídica, capacidad y responsabilidad, conceptos todos a partir de los cuales es posible predicar algún tipo de consecuencia jurídica, como reflejo de la “realidad” impuesta por los modelos económicos.

Ésta teoría de la responsabilidad de los entes jurídicos en general fue proyectada primero para las personas jurídicas de derecho privado como auge de una teoría organicista propuesta principalmente por Von Gierke en Alemania la cual fue acogida por la mayoría de los sistemas jurídicos europeos y, que con respecto al Estado, se trasplantó de manera medular al derecho administrativo de tradición francesa, que se ha impuesto y generalizado en la cultura occidental en sus dos principales sistemas jurídicos: *el civil* y *el common law*, este último de manera más reciente, siendo que, paradójicamente en el primero, cuyo carácter es positivista y legalista, ocurrió por vía jurisprudencial o de precedente decimonónico³, en tanto que en el segundo sistema, de tradición consuetudinaria, se hizo por vía legislativa hasta mediados del siglo XX⁴.

El sistema colombiano por su parte entronizó también por vía pretoriana el modelo referido, tanto para las personas jurídicas de derecho privado, como público, acogiendo, *ab initio*, de manera especial para el Estado el modelo francés bajo la vigencia de la Constitución de 1886, hasta que a través de la constitución de 1991 consagró tal sistema por vía normativa, cuando decidió seguir el modelo español

³ Tribunal de Conflictos. Fallo Blanco. Francia. 8 de febrero de 1873. Concl. David.

⁴ The Crown Act. 1947.

bajo la noción de daño antijurídico, que en principio hizo vacilar al Consejo de Estado al estimar que este sistema implicaba un modelo de responsabilidad siempre objetiva, pero que culminó por establecer como un concepto general que englobaba tanto la responsabilidad subjetiva, estructurada en la falta del servicio, y la objetiva que contiene todas las teorías desarrolladas sobre este particular, como son: el daño especial; la responsabilidad por riesgo creado; trabajos públicos; por ministerio de la ley: expropiación; actos terroristas; privación injusta de la libertad; por violación de derechos humanos; y almacenamiento.

Esto que pareciera tan pacífico e incontrovertible en la actualidad para algunos, propio de las verdades dogmáticas, irreflexivas por antonomasia, pues se institucionalizó en la memoria de los juristas contemporáneos con el pasar del tiempo, y ahora impuesto positivamente desde la Constitución, tuvo en sus orígenes unos fecundos enfrentamientos de teorías que trataron de explicar la naturaleza de la personalidad jurídica desde el derecho privado o común, que iban desde la ficción hasta el realismo y, cuya trascendencia repercutía justamente al campo de la responsabilidad extracontractual, en donde terminó por imponerse en la práctica las teorías realistas que declaran la posibilidad de responsabilidad delictual de tales entes, entre ellos el Estado naturalmente, sin que se dé cuenta razonable de ello, trasladándose así elaborado al campo del derecho administrativo que ve como indiscutible ahora esa forma de responsabilidad. Tal espectro de responsabilidad del Estado se estructuró pues, dando por sentada la capacidad del mismo tanto en el plano contractual como en el extracontractual.

Normativizada como ha quedado la posibilidad de responsabilidad extracontractual del Estado cuando menos, no así las personas jurídicas de derecho privado como se analizara en esta investigación también, los profesionales del derecho trabajan a partir de lo existente normativamente sin entrar a cuestionar sobre la viabilidad fáctica, axiomática y formal para ello, limitándose tan solo a edificar o reiterar mecánicamente lo establecido en una norma, máxime cuando esta ostenta una

jerarquía de carácter constitucional como paradigma del derecho contemporáneo, sobre el cual, dicho sea de paso, desconocen el influjo determinante de la actual globalización que relativiza y hasta aminora el poder de tal reglamentación.

Lo anterior evidencia que el núcleo del debate como el referido, no es, ni puede ser simplemente, de carácter normativo o unidimensional, toda vez que dicho problema no se resuelve con lo establecido por una norma positiva, como hasta ahora se ha creído, siendo, *contrario sensu*, una discusión que no está clausurada y que por ende se mantiene vigente, la cual corresponde analizar en el aspecto dogmático⁵ del derecho, no como premisa acrítica e inmutable, sino como sinónimo de una ciencia jurídica que con base en las reglas de la lógica y la razón dinámica, desde el punto de vista filosófico y epistemológico, propone soluciones eficaces o idóneas e integra los hechos con la axiología que a su vez se formaliza a través de ulteriores positivizaciones, en lo que algún sector de la doctrina denomina constitucionalismo ético⁶, como paradigma al problema o dificultad de conciliar una eventual ciencia u objetividad de los valores o principios⁷ con el positivismo, el cual se estima más conveniente denominar por ende positivismo ético, como resultado de aquéllos, que no es determinante de los anteriores, sino a la inversa, conformando así un positivismo jurídico, base y soporte de esta investigación.

⁵ Nuestro concepto de dogmática difiere un poco del propuesto por algunos autores, que como Robert Alexy, ven en aquella la ciencia del derecho compuesta por aspectos tales como la analítica, la empírica y la normativa (Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos. Madrid, 2002. Págs. 29 y ss.), postura por demás neopositivista y por ende unidimensional; en tanto que autores como Hubed Bedoya, niegan el carácter científico del derecho, asumiendo que este último es la propia dogmática que se estructura en hechos, normas, jurisprudencia y doctrina (Dogmática como Derecho. Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N° 54. Págs. 131 y ss.). Para nosotros la dogmática o ciencia del derecho, se integra además de los factores propuestos, y de manera principal, por la axiología, valores o principios del derecho, que también se van formando y conquistando en cada época, acorde al pensamiento humano, determinando el contenido de las normas, pues a nuestro entender, toda norma por positiva que sea contiene u obedece a un principio o valor que le precede y es lo que justamente motiva su formalización. Valor o principio que se forja del juicio previo de los hechos.

⁶ Ferrajoli, Luigi. Garantismo. Una discusión sobre Derecho y Democracia. Editorial Trotta. Pág. 16.

⁷ No obstante hay algunos autores que como Hernán Valencia también han propugnado por una ciencia de los principios, principialística o nomoárquica jurídica. Valencia Restrepo, Hernán. Nomoárquica, Principialística jurídica o Filosofía y Ciencia de los Principios Generales del Derecho. Tercera Edición. Editorial Temis. Bogotá Colombia. Año 2005.

Para el efecto, se debe advertir, que como parte integrante de un tridimensionalismo o tridimensionalismo jurídico, se estima como posible proponer una ciencia o conocimiento objetivo de los valores, a partir de la teoría de la verdad consensuada – conocimiento proposicional - propuesta por Jürgen Habermas⁸, consenso en el cual radica la objetividad del conocimiento, el que, si bien no es susceptible de ser verificable con una respuesta “correcta” a través del método experimental que pueda percibirse por los sentidos, como acontece con las tradicionales ciencias naturales o “causales”, sí es perceptible a través del intelecto que se sustenta en un razonamiento lógico y conceptual dentro de la noción de plausible o probable, que obedece a motivos o propósitos que dan buena cuenta de su causa y del efecto que persiguen⁹, que permite so pesar y ponderar así su justificación.

Lo anterior se explica dado que el Derecho y sus conceptos axiomáticos, sobre los que se funda toda ley, constituyen abstracciones que al igual que las matemáticas, representan ideas que se han generalizado en la consciencia humana, que por demás permiten hablar un mismo lenguaje que elimina el relativismo subjetivo, pese a la diferencia existente, *prima facie*, entre una y otra, como es el tema de la exactitud¹⁰, que resulta imposible descifrar en el misma proporción para la ciencia

⁸ Habermas, Jürgen. Citado por Alexy, Robert, Teoría de la Argumentación Jurídica. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid 2007. Pág. 110.

⁹ Habrá quienes encuentren como contra argumento el hecho de que también se pueden consensuar ideas contrarias a los principios *pro-homine*, V. Gr. La tiranía de las mayorías, como ha sucedido en regímenes totalitarios; sin embargo, una discusión en tal sentido carecería de objeto al propender por una autodestrucción de la especie, resultando falaz e inútil desgastarse en ideas contrarias a la naturaleza evolutiva y progresista humana.

¹⁰ Según el catedrático de la Universidad de Valencia, España, Jesús Ballesteros, quien hace una interesante descripción del significado de ciencia, manifiesta que la característica principal de aquella durante la modernidad fue la exactitud de la misma (Positivismo científico o formal estructurado en el método que solo establece como real lo verificable o experimental desechando lo metafísico o apriorístico, que es propio del conocimiento proposicional, ético y dogmático, cuyas causas arjé o esencia de todas las cosas escapan a tal positivismo que llevan al trilema de Münchhausen como problema del conocimiento del causalismo). Sin embargo, se afirma que “*Uno de los rasgos fundamentales de la filosofía contemporánea parece consistir en el intento de superación del fenómeno del positivismo. Ahora bien, el positivismo no es simplemente una escuela que habría surgido con Saint Simon y Comte, como a veces se piensa, sino un movimiento que se caracteriza por la consideración de la filosofía como ancilla Scientiae, o en otros términos que preconiza el predominio del pensar calculante (...) Lo que verdaderamente caracteriza la ciencia moderna es en primer*

jurídica y que es propio de la naturaleza humana y su libre autodeterminación como ser. Aunque en realidad ambas permiten modificar sus reglas si se encuentran con soluciones que superan las formalmente establecidas, eliminando así su carácter pétreo parmenidiano, tan cuestionado en la actualidad en toda ciencia para abrir campo a las verdades abiertas, temporales y/o dinámicas, con lo que se retorna al concepto de Heráclito de Efeso y su tesis según la cual nada es, todo cambia.

Pero no solamente esto, sino que además el derecho como axioma o problema ético, es el resultado de una realidad material o fáctica que surge del juicio previo sobre el problema que se propone solucionar un sujeto de derecho y que intersubjetivamente conviene en ello. Lo anterior descifra la naturaleza compleja del derecho derivada de su multidimensionalidad a la cual no pueden escapar sus instituciones y teorías.

En la óptica propuesta, el derecho una vez integrado o conformado por sus aspectos fácticos, axiológicos y formales debe definirse por el concepto general de

término el perfeccionamiento de dichas cuantificaciones (...) A diferencia de la ciencia griega, la ciencia moderna no busca las causas, sino que se limita a describir leyes. El saber de la ciencia moderna – afirma Zubiri – sustituye a la pregunta del porqué la indagación del cómo (...) la desontologización del pensamiento moderno debido a la influencia de la física, la scienza nuova, se refiere al rechazo de la búsqueda de la cualidades universales, más concretamente a la negación de aquellas cualidades que no son cuantificables, como el color, el olor, el sabor ...que por no ser cuantificables, son juzgadas también como subjetivas (...) Estamos ante la manifestación más nítida del pensar calculante, que niega realidad objetiva a aquello que no es susceptible de ser medido y contado de forma rigurosa, de forma matemática (...) Se reconoce hoy de forma unánime que <el comienzo del siglo XX fue algo más que el fin de un período...> Este cambio implicaba la modificación del modo de concebir el mundo ...con los principios de la física galileianonertoniana, es decir, primacía de la geometría, determinismo y mecanicismo. Frente a tales notas, la física y en general la ciencia del siglo se va a caracterizar por su realismo, su contingentismo y su recuperación del sentido de lo personal...”. Ballesteros, Jesús. Sobre el Sentido del Derecho. Editorial Tecnos. 2ª reimpresión. España. 1984. Págs. 19 y ss. En similar sentido Valentín Petev, aduce que “En filosofía, se constata un paso de la conciencia subjetiva como objeto principal de la investigación, a la ética discursiva. Las ciencias sociales y jurídicas también se hacen conscientes de la necesidad de un nuevo enfoque metodológico que deberá reemplazar el pathos positivista (...) La metodología jurídica no es por naturaleza pura: ella no es de carácter exclusivamente lógico, ni hermenéutico o tópico, representa una multitud de reflexiones ...en una sociedad pluralista en la cual la identidad y legitimación están siempre cuestionadas. Petev, Valentín. Metodología y Ciencia Jurídica en el Umbral del Siglo XXI. Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N° 2. Primera reimpresión 1997. Págs. 19 y ss.

regla¹¹ de conducta, que como expresión cultural, puede ser escrita (norma) o no (*ius scriptum, ius non scriptum*), formal o informal, respectivamente, y en ambos casos insuflados por axiomas o principios, que explican la razón o sustento de la regla como juicio previo de un *factum*, regla que puede ser “buena” o “mala”.

Aspecto que es donde se vislumbra la dificultad de la objetividad científica, pero que se repite, puede solucionarse a través del consenso conceptual que tiende a favorecer la evolución y el desarrollo de la coexistencia humana dentro de la armonía y paz social, consultando igualmente el principio *pro-homine*. Regla de conducta que igualmente está destinada a satisfacer unos intereses o necesidades y por ende a ser atendida o respetada por sus destinatarios, comprensión del derecho como esta que incluye un aspecto tridimensional como el propuesto en este trabajo, y aún va más allá al incluir su aspecto egológico¹² que ostenta un carácter realista.

Ahora bien, dentro de la tendencia garantista contemporánea ius-filosófica, se ha venido imponiendo un carácter integrador de las diferentes teorías unidimensionales del derecho, que se identifica con la teoría tridimensional del derecho y la teoría de los tres círculos, de Goldsmith y García Máynez¹³, respectivamente, que dan cuenta o tratan de explicar y definir lo que es el Derecho, retomando en un solo concepto el naturalismo, el positivismo y el

¹¹ Cabe destacar que para nuestro sistema jurídico concepto de regla encaja mejor con el género respecto de los conceptos especiales de norma y principio, que representan tanto el positivismo como el naturalismo, en su orden, a diferencia de lo que opina Dworking y sus seguidores, quienes por su tradición jurídica ven en la norma el género, siendo sus especies la regla y el principio. Ésta ambivalencia estriba en mi sentir del tratamiento que en una y otra tradición jurídica se da al concepto de norma, pues mientras que para nuestra tradición del *civil law* ésta se identifica con el concepto de ley misma, en la familia del *common law* se refiere al precedente principalmente, que es norma para ellos en tanto que para nuestro sistema equivaldría a una regla por no emanar del órgano legislativo.

¹² Cossio, Carlos. Teoría de la Verdad Jurídica. Librería El Foro. Colección Clásicos del Derecho. Buenos Aires Argentina. Sintéticamente hablando, de acuerdo con la teoría egológica, el derecho es una manifestación cultural que se predica de la conducta humana, cuyo obrar obedece a juicios de valor.

¹³ Gómez Gallardo, Perla. Filosofía del Derecho. Colección cursos temáticos hispanoamericanos. Iure Editores. México. 2005. Pág. 85. Existen autores que también tratan la teoría general del derecho en su aspecto tridimensional como Norberto Bobbio y Luigi Ferrajoli.

realismo jurídico, conformando una teoría general que integra los elementos insinuados en precedencia, como son: los hechos, los valores y su formalización, que como tal deben integrarse a la conceptualización de las diferentes nociones e instituciones jurídicas, como lo es la responsabilidad extracontractual del Estado.

Ese trialismo jurídico referido, base de esta investigación, se aprecia encuentra soporte constitucional y legal, aunque de manera dispersa o a veces tácita, cuando en el preámbulo se indica que el pueblo de Colombia sancionó la Constitución Política “...con el fin de fortalecer...” “...la justicia...”, entre otros “...que garantice un orden político, económico y social justo...”, así como también, en los artículos 2º, 6º, 48, 53, 133, 150, 209, 228, 230, 267, 268 y 370, referentes en su orden a los fines esenciales del Estado, la responsabilidad de los particulares y servidores públicos frente a la Constitución y la ley, eficiencia en materia de seguridad social, prevalencia de la realidad sobre la forma en materia laboral, rama legislativa que debe actuar consultando la justicia y el bien común, forma de expedir la leyes para su validez, la función administrativa que debe caracterizarse por la eficacia y celeridad, la función diligente de la rama judicial en la que debe prevalecer el derecho sustancial, la sujeción de los jueces al imperio de la ley pudiendo acudir a criterios auxiliares, como la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, la función que ejerce la Contraloría General de la República, cuya vigilancia se caracteriza en la eficiencia, economía y equidad, etc. Normas que en conjunto atienden a los criterios de justicia, validez y eficacia, propio de la teoría del trialismo jurídico.

En tal virtud es menester establecer que se entiende por dogmática jurídica, como ciencia del derecho, aquél conjunto de conocimientos de reglas de conducta, expresas o tácitas, escritas o no, establecidas, conformadas e integradas dinámicamente por sus aspectos o dimensiones fácticas, axiológicas y normativas, que trascienden o favorecen la evolución humana, que si bien no hacen parte directamente de las ciencias naturales, y por ende se le ubica dentro de las

ciencias formales, toda vez que trata de entes abstractos o ideales, sí toman de aquéllas su fuente de conocimiento al punto que son su objeto de juicio y valor, lo que hace que ese objeto de estudio no corresponda, en principio, al mundo material que pueda ser verificable a través de la experimentación, ya que tales reglas de conducta obedecen al mundo del deber ser, que parte de postulados que se acuerda implícita o explícitamente como comunes y deseables.

En lo que toca al trialismo jurídico, se entiende por el mismo aquélla corriente ius-filosófica que integra en un solo concepto las tres dimensiones que sobre el derecho ofrecen el naturalismo, el positivismo y el realismo jurídico, en su orden, como justicia (valores), validez (forma) y eficacia (hechos), conformando un derecho ideal que estructura al unísono la teoría del garantismo jurídico propuesto por Luigi Ferrajoli¹⁴, el cual se aspira a realizar a través de un constitucionalismo ético. Concepto unificador que debe moldear toda teoría jurídica formalmente establecida.

En lo que respecta a la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas y del Estado, como parte de dicha ciencia jurídica estructurada desde su perspectiva trialista, se comprende de manera especial y, según la tendencia de nuestro derecho, aquél conjunto de reglas que pretende desde una perspectiva unidimensional endilgar a las mismas, consecuencias de tipo patrimonial a partir de la culpa de sus agentes y de la noción de daño antijurídico acuñado conveniente, aunque inexactamente, como concepto integrador de la responsabilidad subjetiva y objetiva, esto es, de la falla del servicio y de la responsabilidad sin ella, respectivamente, como se pretende evidenciar a lo largo de la investigación. Comprensión esta que es el objeto de cuestionamiento de este trabajo.

¹⁴ Ferrajoli Luigi, “*Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*”, Editorial Trotta, Págs. 12 a 15.

Dentro de este espectro jurídico propuesto, se aprecia que la doctrina de la responsabilidad del Estado se ha podido edificar jurisprudencialmente alejada de la teoría general del derecho que formula el trialismo jurídico, sugiriendo teorías que otrora atendieron pareceres unidimensionales o tendencias del momento a la manera de una moda, pero no realmente a la razonabilidad que ofrece la validez axiomática o sustancial, la formal y la sociológica, que equivalen en su orden al ius-naturalismo, ius-positivismo y ius-realismo y que observamos coincide con la tendencia garantista formulada por Ferrajoli.

Así las cosas, corresponde a esta investigación determinar si desde el trialismo jurídico, la teoría de la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas y del Estado es eficaz, justa y válida, esto es, si corresponde e integra su aspecto ontológico con el deontológico y el formal como noción integral del derecho. De suerte que no se trata de una investigación típica de tipo positivista que se limita a la subsunción normativa, sino de una con carácter dogmático jurídico que se rige por una razón lógica y filosófica como aspectos que la anteceden y fundamentan.

Para dicha cuestión, se plantea como hipótesis entonces la imposibilidad de las personas jurídicas y el Estado, como principal persona jurídica de un ordenamiento, de ser extracontractualmente responsables por la culpa de sus agentes, pues de un lado el concepto mismo de responsabilidad entraña la asunción de las consecuencias de los propios actos o hechos, que como criterio de justicia retributiva o conmutativa debe coincidir con la idea de dar a cada quien lo que le corresponde, y de otro atender a la naturaleza propia de la persona jurídica, que si bien es real no por ello deja de ser abstracta y efecto del ingenio humano, con el que se ha procurado despersonalizar la responsabilidad de los verdaderos autores del daño que se encubren en esa especie de velo corporativo, procurando quedar en el anonimato, con lo que se aprecia se desconoce el axioma principal de justicia, ante una incapacidad de prueba directa so pretexto de garantía indemnizatoria para las víctimas.

Por otra parte tampoco consulta al propio positivismo, como validez formal, pues no explica de manera consecuente cómo un ente personificado, cuya capacidad se entiende formalmente limitada para desarrollar un objeto lícito, se pueda comprometer por conducto de sus agentes por las ilicitudes en que los mismos incurran, desbordado un objeto para el cual no están facultados, como tampoco lo está el mismo ente carente de voluntad propia, esto acogiendo la tesis de un “contrato social”, y siendo el mismo ley para las partes mal puede sustentar su acuerdo en ilicitudes, con un objeto y causa ilícita.

Más aún ello también ha afectado la eficacia de la institución de la responsabilidad, pues evidentemente al hacer responsable extracontractualmente a los entes jurídicos y al Estado de manera directa y principal, tiende fuertemente a dejar impune la responsabilidad propia del agente que procura quedar en el anonimato, lo que si bien es cierto se ha pretendido mermar a través de una acción de repetición subsidiaria, que las más de las veces no prospera respecto de quienes en verdad ostentan el poder público, que se aprecia como rezago de la identidad entre monarca y Estado que permitía con Luis XIV afirmar que “*L’Etat c’est moi*”, o en el derecho inglés “*The King – no State- can do not Wrong*”, pues el rey era identificado con el propio Estado, conformando una única fuente de poder soberano, que siempre ha procurado eximirse de responsabilidad, bien bajo el manto de su unidad con el Estado soberano o bien traspolando su responsabilidad al ente separado, como ahora acontece, tendencia que al parecer es producto no de la ciencia jurídica sino de mezquinos y ocultos intereses por parte de quienes ostentan el poder, entro otros y de manera principal el económico y político, que siempre ven la forma de encubrir su responsabilidad de una manera ilustrada.

Se aprecia que materialmente, no es el Estado el que ostenta el poder público, son sus gobernantes, y sabido es que quien ostenta el poder normalmente no desea hacerse responsable, lo cual es un principio de conveniencia y autoridad, que se refleja en todas las personalidades jurídicas, incluso en las de derecho

privado, donde prima el poder económico, que ha preferido imponer al *intuito personae*, el *intuito pecuniae*, originalmente en el *universitas personarum y bonorum*, como es el caso de las sociedades de capital, que no representan un riesgo de responsabilidad directa para sus miembros que permanecen anónimos frente a terceros, en protección de su lucro y riesgo que entraña dicha actividad.

En resumen, la hipótesis que se plantea para esta labor de investigación, es que la teoría de la responsabilidad de los entes jurídicos, entre ellos el Estado, es ineficaz conforme al realismo jurídico, es injusta desde la perspectiva axiológica, y es inválida desde la perspectiva positivista, como aspira a demostrarse a lo largo de este trabajo.

Como plan de investigación para el presente documento, se adoptará principalmente un plan dialéctico que nos permita confrontar los argumentos formales de la estructura actual de la responsabilidad de los entes jurídicos y del Estado colombiano frente a los ontológicos, deontológicos y formales del iusfilosofismo jurídico, aunque eventualmente con algunos matices comparativos y cronológicos, que a su vez nos deje entrever sus semejanzas o diferencias junto a su rumbo evolutivo, lo cual requiere de un desarrollo argumentativo que coincida con una verdad consensuada propia de la ciencia jurídica.

Así este trabajo constará de tres partes: una descriptiva del problema objeto de nuestro estudio en la que se tratará o describirá primeramente el sistema colombiano de responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas y del Estado, describiendo igualmente los conceptos de corrientes ius-filosóficas y los sistemas jurídicos occidentales frente al colombiano; una segunda parte que efectuará el análisis realista, axiológico y positivista de la teoría de la responsabilidad extracontractual de los entes jurídicos en general; y como tercera parte predictiva, si hay lugar a ello, que enfrentará los capítulos anteriores y expondrá las conclusiones respectivas.

Como se aprecia, se ha considerado necesario para esta introducción, incluir referentes conceptuales generales propios de una teoría general del derecho, a partir de lo cual sea posible ubicar los conceptos especiales de la ciencia jurídica tal como corresponde a la teoría de la responsabilidad extracontractual de los entes jurídicos.

PRIMERA PARTE
DESCRIPCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE LAS
PERSONAS JURÍDICAS, DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS Y DE LAS
CORRIENTES IUSFILOSÓFICAS OCCIDENTALES.

El tópico relativo a la responsabilidad jurídica patrimonial extracontractual de las personas jurídicas y del Estado, plantea en primer término la necesidad de una labor de tipo descriptivo tendiente a bordear el objeto sobre el cual recae el problema de investigación, explorando su carácter normativo, conceptual y estructural de cara a la descripción también de los sistemas jurídicos y corrientes *Iusfilosóficas* occidentales existentes que permita plantearlo o formularlo.

En segundo lugar, se requiere de una labor que aborde un carácter explicativo o analítico que identifique la anterior descripción frente al sistema jurídico colombiano, explayándose en el análisis concreto de los aspectos fácticos o materiales, éticos o axiológicos y formales y/o conceptuales que contiene o integra el trialismo jurídico como expresión contemporánea del garantismo.

Y por último se requiere de una tarea predictiva o conclusiva, que permita establecer o colegir la compatibilidad o no del sistema jurídico colombiano con el trialismo jurídico y la posibilidad de predicar o no a partir del mismo una teoría de la responsabilidad extracontractual de los entes jurídicos.

Para dicha labor en consecuencia, se estima conveniente realizar el estudio sobre el particular bajo la metodología que implique en primer lugar una descripción del objeto del problema de investigación, que estará integrado en la primera parte de este trabajo, la cual contendrá una referencia general de las propiedades o características esenciales del régimen actual de responsabilidad jurídica patrimonial y extracontractual de las personas jurídicas y del Estado conformado por tres Capítulos que aludan: el primero, a la enunciación normativa, conceptual y

estructural de la responsabilidad extracontractual de los entes jurídicos; un segundo Capítulo que será descriptivo de los sistemas jurídicos y corrientes *Iusfilosoficas* occidentales; y un tercer Capítulo que planteará el problema a partir de la descripción referida.

Lo anterior abrirá paso para la segunda parte del trabajo que será de carácter explicativo o analítico en donde se ubicará e identificará el sistema jurídico y corrientes *Iusfilosoficas* del derecho colombiano, tema que se desarrollará en el Capítulo I, en tanto que el Capítulo II, abordará en concreto la teoría de la responsabilidad de los entes jurídicos frente a las dimensiones del realismo, el naturalismo y el positivismo jurídico.

Finalmente, la tercera parte de este trabajo, en su Capítulo I, engranará en un solo concepto las distintas dimensiones referidas que integran el *trialismo* jurídico frente a la responsabilidad extracontractual de los entes jurídicos auscultando en el Capítulo II las conclusiones finales de la investigación que emergen a partir del concepto tridimensional de persona jurídica y responsabilidad.

La primera parte corresponde entonces a la labor descriptiva normativa, conceptual y estructural de la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas y del Estado en el derecho actual colombiano y a la descripción de los sistemas jurídicos e *Ius-filosóficas* occidentales, de los cuales hace parte el sistema colombiano.

Capítulo I.
**Descripción normativa, conceptual y estructural de la responsabilidad
extracontractual de las personas jurídicas y del Estado.**

**1. Descripción normativa de la responsabilidad extracontractual de las
personas jurídicas y del Estado.**

Aunque el tópico es tratado en la actualidad por nuestro sistema de manera distinta, formalmente cuando menos, en tratándose de personas jurídicas de derecho privado y derecho público, iniciaremos haciendo referencia a las primeras y luego a las segundas, como que aquéllas fueron el sustento inicial nacional de la formación de la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas en general, entre ellas las de derecho público.

Este aspecto en lo que al derecho privado concierne, dentro de un sistema codificado como el nuestro, como se analizará en su oportunidad, no encuentra propiamente su fundamento en la ley sino en la jurisprudencia nacional de finales del siglo XIX e inicios del XX, criterio auxiliar de las fuentes del derecho, según el artículo 4º de la ley 153 de 1887¹⁵ y el actual artículo 230 de la Carta Política de 1991¹⁶. En efecto, El Libro Primero, Título XXXVI, artículos 633 a 652 del Código Civil, que data de 1873, acogido como legislación nacional por virtud de la ley 57 de 1887, se destina a la definición y regulación de las personas jurídicas, las cuales clasifica en corporaciones y fundaciones, más no refiere sus sistemas de responsabilidad.

¹⁵ Disponía el artículo: “*Los principios de derecho natural y las reglas de jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes*”, el cual debe entenderse actualmente derogado por el artículo 230 de la C.P.

¹⁶ El artículo señala en lo pertinente: “*La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial*”.

Por su parte el Código de Comercio, Decreto 410 de 1971, que reguló lo concerniente a las sociedades comerciales, tampoco se ocupó de un régimen de responsabilidad de las mismas como personas jurídicas, así en su Libro Segundo, Títulos I al X, artículos 98 a 514, se refiere a la sociedad comercial como contrato, disponiendo su régimen general de constitución, aportes, utilidades, reformas, etc., y su parte especial relativa a cada tipo societario, más no dedicó artículo alguno referente a la responsabilidad del ente.

En lo que respecta a las personas jurídicas de derecho público, antes de la Constitución de 1991, tampoco existía norma legal o constitucional que consagrara el régimen de responsabilidad de tales entes públicos, pues la Constitución de 1886 jamás reguló una responsabilidad de los mismos, por el contrario estableció una responsabilidad de sus funcionarios o servidores públicos, como bien lo establecía el artículo 20 del mismo texto político, que a la letra disponía: *“Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y las Leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y razón y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de estas”*.

Así dibujaba una variedad de diferentes situaciones de responsabilidad general o jurídica de los funcionarios de cada rama del poder público, como eran los arts. 21, 51, 62, 76 N° 21, 12, 122, etc. A pesar de lo cual establecía como forma de responsabilidad del Estado la única, tradicional y original con respecto a la expropiación, según se desprendía del artículo 33 *ejusdem*, pues era el único evento en que se consideraba que el Estado causaba un perjuicio como producto de su obrar lícito o legal, pero que en función de proteger la propiedad privada, que garantizaba el Estado liberal clásico, permitía que se reconociera una indemnización con ocasión de la prevalencia del interés general sobre el particular. Precepto en el que se aprecia de esta manera que no se concebía una

capacidad delictual y menos por parte de la principal persona jurídica del sistema normativo, el Estado.

Por otro lado el artículo 40 del C.P.C., establecía la responsabilidad de los funcionarios judiciales por los perjuicios que pudieran ocasionar a las partes; por otro lado el artículo 77 del C.C.A., también estableció la responsabilidad de los funcionarios en general por los daños que causen por dolo o culpa grave.

El tema de la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas en general, fue entronizado a nuestro país por la vía pretoriana, ya que el Código Civil de Bello, se inspiró en la doctrina alemana de Savigny, y en tal virtud no estableció un régimen positivo de responsabilidad de tales entes. Para el efecto, resulta pertinente traer a colación lo manifestado por entonces por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en sentencia del 20 de marzo de 1962, en la cual hizo un resumen histórico de dicho régimen y su manejo en Colombia, amén que establece el régimen actual de responsabilidad directa con base en el artículo 2341 y no de los artículos 2347 y 2349 del C.C.

En dicha providencia, la Corte recuerda que inicialmente se incorporó el sistema de responsabilidad indirecta, año aproximado de 1898, que sustentaba la responsabilidad de los entes morales en el hecho ajeno o de tercero que está bajo relación de subordinación o dependencia conforme a las reglas que para el efecto establecen los artículos 2347 y 2349 del C.C., la cual se estructuraba a partir de las nociones de culpa *in eligendo* y culpa *in vigilando*; posteriormente continúa el fallo describiendo que se dieron posturas diferentes en torno al mismo tema y que variaron según cada caso, en donde también se incorporaron tesis de responsabilidad directa y de falla del servicio, conforme a las cuales las personas jurídicas, bien de derecho privado o bien de derecho público, respectivamente, debían responder directamente por los daños como un hecho propio según las reglas del artículo 2341 *ejusdem*, ya que “...la calidad de ficticias de las personas

jurídicas – dijo la Corte – no permite en verdad establecer la dualidad personal entre la entidad misma y su representante legal, que se confunden en la actividad de la gestión”¹⁷.

Así mismo explicó la Corte que esta teoría de responsabilidad directa, tuvo dos variantes: una relativa a la teoría organicista, según la cual solo los agentes con capacidad de representación y/o directivos, actuaban como órganos del ente y por ende la responsabilidad de éste era directa frente al actuar de los mismos, en tanto que la de los simples colaboradores o empleados solo obligaban de manera indirecta (tesis intermedia); y otra variante referente a la noción de falla del servicio que considera que la teoría de la responsabilidad por otro “...está revaluada por la nueva concepción que quiere fundar la responsabilidad culposa en un concepto objetivo principalmente, equivale 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 legalmente de poner en actividad esos servicios”¹⁸.

En dicha providencia, se estableció que las personas jurídicas de derecho público respondían atendiendo al criterio de la falla en el servicio público, en tanto que las personas morales de derecho privado responden siempre de manera directa, toda vez que los actos de sus agentes, cualquiera sea su rango, son los propios actos del ente y su responsabilidad debe regirse por lo dispuesto por el artículo 2341 del C.C., abandonando así la tesis indirecta que se predicaba a partir del hecho ajeno de que tratan los artículos 2347 y 2349 *ejusdem*.

Tesis que tendía, según la Corte, a incorporar en algún grado la objetividad de la responsabilidad como garantía indemnizatoria para las víctimas, la cual retomó el

¹⁷ Sala de Casación Civil. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 21 de agosto de 1939. (XLVIII, 1950, 663). Citada en la sentencia de la misma Sala del 30 de junio de 1962. M.P. José J. Gómez. G.J. 2256 a 2259), Págs. 87 y ss.

¹⁸ *Ibidem*.

Consejo de Estado cuando le fueron asignados a su competencia tales asuntos, conforme al Decreto 528 de 1964 bajo la postura creada para los entes públicos que fue la teoría de la falla del servicio.

No obstante, la responsabilidad del Estado vino a positivizarse a través del artículo 90 de la Constitución de 1991, la que a la letra dispuso:

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

"En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste".

Artículo que durante los primeros años de su vigencia trajo algunas dificultades respecto de la jurisprudencia desarrollada hasta entonces por el Consejo de Estado, pues esta disposición se comprendió *ab initio*, como la inclusión de un sistema de responsabilidad siempre objetiva del Estado¹⁹, al entender que el daño antijurídico era aquél que la víctima no estaba obligada a soportar, con lo cual se creyó que no se requería más de la falla del servicio por parte del Estado como forma subjetiva de responsabilidad; sin embargo tal postura fue recogida por dicha Corporación, dando un nuevo alcance a la solución normativa, estimando o determinado que el régimen de responsabilidad desarrollado hasta antes de 1991, seguía vigente, es decir con una responsabilidad subjetiva de falla del servicio y otra objetiva para los casos específicamente establecidos por el Consejo de Estado, ambos conceptos englobados ahora dentro de la noción de daño antijurídico.

¹⁹ C. de E., 31 de octubre de 1991. Gaceta Jurisprudencial, núm. 1 Santa fe de Bogotá. Leyer, enero-marzo de 1992, Págs. 94 y 95. *Ibidem*. Págs. 16 y ss.

“La noción de 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 ellas 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 (sic) cuando esa conducta lesiva esté ajustada al ordenamiento.

Pero decir antijurídico, no quiere significar que la noción de falta o falla del 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. (...) Y cuando se afirma que ese daño se produjo sin falta o falla de la administración pero el que lo sufre no tenía porque soportarlo, el acreedor, como es apenas lógico, deberá demostrar el daño y el porqué, pese a ser legal la actuación de la administración, no tenía por qué sufrirlo”²⁰.

De esta forma, por vía jurisprudencial, se estableció en Colombia la tesis de la responsabilidad jurídica patrimonial y extracontractual de las personas jurídicas tanto de derecho privado como público, este último ahora con disposición normativa expresa de rango Constitucional bajo el concepto genérico de daño antijurídico.

²⁰ *Ídem*. Págs. 36 y ss.

2. Descripción conceptual de la Responsabilidad jurídica patrimonial extracontractual y de las personas jurídicas.

Esta descripción conceptual nos entroniza en dos variantes o conceptos fundamentales: uno referente a la responsabilidad misma y otro relativo al sujeto de derecho o persona jurídica, entre ellas el Estado. De tal suerte que se procederá a la descripción de tales conceptos en el orden indicado:

2.1. Concepto de Responsabilidad jurídica patrimonial extracontractual.

En primer término debemos aclarar, que la responsabilidad que aquí vamos a tratar es la jurídica patrimonial extracontractual, culpa aquiliana o delictual²¹, como se le conoce también, en tanto que para el derecho administrativo, hemos de advertir que no se comparte la expresión empleada para esta rama del derecho que tiende a denominarla por algún sector: responsabilidad administrativa que procura diferenciarla de la civil (patrimonial propiamente dicha), pues conduce al equívoco, dada su ambigüedad, de relacionarla con la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos, como también con la responsabilidad de la propia administración, siendo preferible en consecuencia adoptar *nomen juris* precisos y unívocos que no den lugar a eventuales confusiones.

Una primera aproximación al concepto general de responsabilidad lo podemos encontrar en el autor Mexicano Pablo Larrañaga, quien en su obra “El Concepto de Responsabilidad”²², estudia lo que sobre el particular refieren los autores positivistas, Hans Kelsen, Alf Ross y H.L. Hart, autores que confluyen en la idea de sanción. Más la importancia de este último, se destaca, según el mismo autor

²¹ Según la clasificación tradicional de las fuentes de las obligaciones, el delito y el cuasidelito, dan lugar a la denominada responsabilidad civil o patrimonial extracontractual.

²² Larrañaga, Pablo. El Concepto de Responsabilidad. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política Distribuciones Fontamara S.A. México D.F. Primera Reimpresión 2004.

mexicano, del análisis lingüístico²³ que del término efectúa, para indicar que ésta expresión es usada en por lo menos cuatro sentidos: “a) *responsabilidad como capacidad*; b) *responsabilidad como causalidad*; *responsabilidad como deberes propios de un cargo o papel social* y d) *responsabilidad como sancionabilidad*”²⁴ . .

“La <responsabilidad> como capacidad da cuenta de las aptitudes psicológicas que se exigen de los sujetos para que tengan lugar determinadas consecuencias normativas”²⁵. La cual puede consistir, según su naturaleza: “a) la capacidad para la culpabilidad y b) la capacidad como habilitación. Las capacidades del primer tipo se refieren a las condiciones psicológicas que exigen las normas para que se den las consecuencias normativas previstas ante el ilícito. Las capacidades del segundo tipo se refieren a los requisitos de validez de determinados actos jurídicos”.

Por el contrario cuando el término “...denota una relación causal pueden presentarse dos casos: que responsable sea sinónimo de <causante> y que se afirme que se satisface un requisito necesario para que se produzcan las consecuencias jurídicas de una norma de conducta. El primer caso corresponde a contextos en los que nos preguntamos acerca de la causa o queremos determinar quien ha sido el agente –causante- de un determinado hecho, mientras que el segundo caso tiene lugar cuando se imputa un acto o las consecuencias de un acto que es contenido de una norma de conducta”²⁶, que según explica el mismo autor corresponden a la responsabilidad como causalidad y a la causalidad en la responsabilidad.

²³ Quienes emplean este tipo de análisis se identifican con el neopositivismo, también conocido como positivismo suave o moderado.

²⁴ Larrañaga, Pablo. Ob. Cit. Pág. 194.

²⁵ *Ibidem*. Pág. 195.

²⁶ *Ídem*.

En cuanto a la responsabilidad como deberes propios de un cargo o papel social, este consiste, según se comprende de Hart, no en las condiciones para imputar sanciones sino en un criterio para determinar conductas exigibles a un status social. En tanto que la responsabilidad como sancionabilidad, explica, resultan ser términos equivalentes en la mayoría de los contextos, no obstante que la sancionabilidad es una expresión más amplia que se conforma por tres criterios: los psicológicos; los relativos a la relación causal entre la acción y el ilícito y; los relativos a la relación entre el agente y el sujeto sancionable. Concluyendo que un sistema de responsabilidad se compone de normas de conducta y un conjunto de condiciones para imputar sanciones²⁷.

En síntesis, la responsabilidad dentro de un sistema de normas²⁸, según esta tradición anglosajona positivista, con lo cual se quiere destacar su sistema y filosofía jurídica, es típica de un *case method*, o método casuístico, que no parte de ley alguna y por ende relaciona sus conceptos a los usos de la palabra, resultando un poco más difícil e indeterminada la labor que se propone. No obstante identifica varios elementos semejantes a los de nuestra tradición jurídica, como son: la capacidad equivalente a nuestro elemento subjetivo, la causalidad que coincide plenamente con el nexo causal; y la sancionabilidad equivalente a la consecuencia o efecto legal. En tanto que la responsabilidad como deber de un cargo o status social, se identifica en nuestro medio con la noción de un generador de culpa, como lo es la violación de una norma o ley que se está obligado a cumplir de manera especial y que los penalistas han dado en denominar eufemísticamente como imputación objetiva, con variantes tales como la posición de garante.

²⁷ *Ídem.*

²⁸ Recordemos que para el sistema jurídico anglosajón, norma es el concepto general que contiene reglas y principios, en tanto que para nuestra familia jurídica del civil law la regla es el género y la norma es la especie formal de la ley.

Otra perspectiva la ofrece Marcelo López Mesa, quien afirma que *“En rigor, la primera aparición documentada del uso de la palabra <responsable> se debió al <Breve diccionario etimológico de la Lengua Castellana> de Joaquín Corominas de 1737, apareciendo en 1787 la palabra en una obra inglesa y recién once años más tarde en francés”*²⁹. Así mismo destaca el autor que tal palabra proviene del latín “responderé” que significa prometer, merecer, pagar. Y *responsalis* implica el que responde y más restringidamente, indica que *responsum* o responsable es el obligado a responder de algo o de alguien.

Más *“La responsabilidad es el resultado de la acción por la cual el hombre expresa su comportamiento frente a ese deber u obligación: si actúa en la forma prescrita por los cánones, aunque el agente sea responsable strictu sensu de su proceder, el hecho no le acarrea deber alguno, traducido en sanción o reposición como sustitutivo de la obligación previa, precisamente porque se la cumplió; la responsabilidad aparece entonces recién en la fase de la violación de la norma u obligación delante de la cual se encontraba el agente, y consiste en el deber de soportar las consecuencias desagradables a que se ve expuesto el autor de la transgresión”*³⁰.

Es una concepción genérica que relaciona la asunción de unas consecuencias jurídicas por parte de quien ha causado un daño, resaltando que la misma surge con la violación o incumplimiento general de una obligación contenida en la ley o la convención, según el caso.

Empero, para el objeto de nuestra investigación, se aprecia que resulta conveniente recurrir al régimen positivo colombiano, que pese a que no cuenta con un sistema que defina cada una de sus instituciones, como es apenas natural, tal es el caso de la responsabilidad patrimonial, que deja tal labor al intérprete

²⁹ Trigo Represas, Felix A. y López Mesa Marcelo J. Tratado de Responsabilidad Civil. Editorial La ley. Tomo I. Segunda reimpresión 2008. Buenos Aires, Argentina. Pág. 2.

³⁰ *Ibídem*.

principal, que no es otro que el juez competente, es decir de la jurisprudencia, entendida como técnica o arte de la razón práctica que a su vez “...*significa el discernimiento y la aplicación, en la esfera del obrar humano (in operabilis), de los medios más apropiados a los fines (ea q̄itae sunt ad finem)*”³¹. Más estos conceptos son tomados primeramente de la doctrina y aún de los respectivos diccionarios lingüísticos y especializados, así se ha sostenido lo siguiente:

Dado que la expresión contiene un sustantivo y tres adjetivos, pese a ser sustantivables también, hemos de tomar por ende el concepto de responsabilidad como piedra angular de nuestro estudio con miras a describir su alcance que estará limitado por el que brindan sus adjetivos. Así lo jurídico patrimonial extracontractual, sugiere en primer término que se trata de una consecuencia de derecho de tipo económico que se deriva fuera de un contrato, es decir, sin acuerdo de voluntades.

En cuanto a la responsabilidad como sustantivo encontramos primeramente que, es definida como “*Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal*”. Concepto que repite el Diccionario de Ciencias Políticas de Manuel Ossorio³². Igualmente connota un “*Cargo u obligación moral que resulta del posible yerro en cosa o asunto determinado*” o “*Capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente*”³³.

³¹ Dabin, Jean. Teoría General del Derecho. Colección Clásicos del Derecho. Editorial Reus. Traducción de Javier Osset. Madrid, España. 2009. Pág. 229. El autor parte de una concepción del derecho como algo “construido”, por oposición a lo “dado”, pues lo primero es aquello que es fabricado o producido por el hombre, en tanto que lo segundo existe independientemente de la obra del hombre, como la naturaleza, siendo así en su orden, cuestiones de técnica o de ciencia. En ese sentido estima que “...*la terea del jurista es la de adaptar al fin que persigue el sistema jurídico, el medio que constituye la regla jurídica*”.

³² Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta. 26ª Edición Actualizada, Corregida y Aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas. 1999.

³³ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia de la Lengua Española. Versión Electrónica 21.1.0. 1992. Programación Rafael Millán.

Tales conceptos permiten colegir en común que existe una responsabilidad como término general que posibilita vincular a un sujeto volitivo con su obrar o actuar. Concepto que se aprecia se extiende de su significado a su adjetivización, según sea la consecuencia que se predique. Vínculo causal que por tal puede ser moral o jurídico, según que tenga alcance normativo o no, postura que se muestra formalista al separar estas dos dimensiones como se verá en su oportunidad. Por tal motivo no podemos afirmar, desde dicha perspectiva como lo hacen los positivistas, que el concepto que nos interesa es el “jurídico” formal, pues para efectos de nuestra investigación este debe corresponder al concepto tridimensional que comprende o integra también el aspecto moral y fáctico.

No obstante acorde a nuestra tradición positivista y para efectos descriptivos de este capítulo, se supone que tal noción deberíamos encontrarla en el concepto unidimensional que para el efecto elabore la ley, más como ello no acontece con tal figura, según quedó visto y se podrá apreciar a lo largo de esta investigación, deberíamos recurrir a la jurisprudencia, como fuente positiva indirecta o subsidiaria de nuestro sistema la que se entiende debió abordar tal labor, la cual en todo caso recurre ante la ausencia de norma a la definición que puede desprender del propio sistema o tratamiento normativo o en su defecto de la dimensión axiológica y fáctica que encuentra de su propio juzgar o, que extrae, las más de las veces, de la doctrina o de los diccionarios lingüísticos o especializados para el efecto, lo que nos lleva en definitiva y de manera indefectible a recurrir a estas últimas fuentes descriptivas del concepto que auscultamos, esto es, el tratamiento, la doctrina y los diccionarios, que en algún modo son también positivistas, pues asumen como responsabilidad solo aquella que es tratada o regulada por la ley.

Esta aparente confusión estriba en desconocer que la ley formal también obedece apodócticamente a un nivel axiológico y práctico que es el que le da sustento valorativo y material, pues cuando estos últimos faltan, la norma pierde legitimidad (justificación o razón) ó cae en desuso, o simplemente impide que se llegue a una

norma positiva, lo cual *a priori* permite concluir que el derecho debe corresponder a una tridimensionalidad como la propuesta para este estudio, y aún más continuar hacia un multidimensionalismo. Ello evidencia también que cuando la ley no define una figura jurídica, pero sí la desarrolla, es posible predicar un positivismo, pese a que el sustento de su significado pueda obtenerse eventualmente de manera extranormativa, esto es, axiológica y fáctica lo cual por cierto relativiza su extensión, pues son realidades a las que no puede escapar el sistema normativo por más que así se pretenda.

Para esta descripción debemos tomar entonces aquella definición que no es expresa, sino que resulta o se desprende en primer término del propio tratamiento normativo y de sus efectos, en nuestro caso la responsabilidad jurídica patrimonial extracontractual, que alude a las consecuencias de tipo económico impuestas de manera expresa por la ley a un sujeto de derecho causante de un perjuicio o daño, tratamiento o regulación de la que es posible derivar dicho sentido, como fenómeno normativo. Así el artículo 2341 del C.C., establece: *“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”*.

De dicho tratamiento normativo es posible establecer que el artículo alude al evento en el cual un sujeto de derecho, que ostenta un elemento subjetivo, dolo o culpa, es decir, con carácter cognoscitivo o volitivo, realiza o comete un daño a otro sujeto, es constreñido normativamente a repararlo pecuniariamente.

Por su parte la doctrina, entre ellos el maestro Arturo Valencia Zea, señala que *“Una persona es responsable civilmente cuando en razón de haber sido la causa del daño que otra sufre, está obligada a repararlo”*³⁴. *“La responsabilidad civil supone siempre una relación entre dos sujetos, de los cuales uno ha sido la causa*

³⁴ Valencia Zea, Arturo. Monsalve Ortiz, Álvaro. Derecho Civil de las Obligaciones. Tomo III. Novena Edición. Editorial Temis. 1998. Bogotá. D.C. Págs. 150 y ss.

*de un daño y otro lo ha sufrido. La responsabilidad civil es la consecuencia de esa relación, o sea la obligación del autor del daño de reparar el perjuicio ocasionado*³⁵.

Arturo Alessandri, discierne, de manera positivista, entre la responsabilidad como aspecto moral y como aspecto legal, siendo que la primera se sustenta en el concepto de culpabilidad, en tanto que la segunda existe “...cada vez que una persona debe reparar el perjuicio o daño sufrido por otra. Puede, pues definírsela diciendo que es la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra”³⁶. “Las fuentes de la responsabilidad civil son: el contrato o, mejor dicho, su infracción, los delitos y cuasidelitos y la ley. En el primer caso, se le denomina responsabilidad contractual, en el segundo, delictual y cuasidelictual o aquiliana, y en el tercero, legal”³⁷.

*“En general, la responsabilidad civil engloba todos los comportamientos ilícitos que por generar daño a terceros hace recaer en cabeza de quien lo causó, la obligación de indemnizar. Podemos decir entonces que la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños. Como se ha dicho ese comportamiento ilícito consiste en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato, el incumplimiento de las obligaciones legales o cuasicontractuales, el delito el cuasidelito (sic), o la violación del deber general de prudencia”*³⁸.

En suma, la doctrina coincide con la descripción que se deriva del sistema legal colombiano, según el cual en la responsabilidad extracontractual el que ha cometido una culpa, esto es, una conducta o comportamiento determinado por un

³⁵ *Ibíd.* Pág. 11.

³⁶ Alessandri Rodríguez, Arturo. De la responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil. Imprenta Universal.

³⁷ *Ibíd.* Pág. 12.

³⁸ Tamayo Jaramillo, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Editorial Legis S.A. Tomo I. Cuarta reimpresión 2009. Pág. 8. Bogotá D.C.

elemento subjetivo, dolo o culpa, que ha generado un perjuicio o daño, se ve compelido a repararlo. Comportamiento que se caracteriza por la noción genérica de ilicitud, por incumplimiento o violación de una regla de derecho, bien establecida en la convención, el contrato o la ley, en este último caso por el delito, doloso o culposo, o por una simple imposición legal, como es el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

2.2. Concepto de Persona jurídica.

En lo que respecta a la teoría de la personalidad jurídica se tiene que la unión de personas físicas y bienes ofrece *ab initio* dos perspectivas: una material conforme a la cual dicha unión no comprende un sujeto distinto de sus integrantes, y por el contrario hace parte del patrimonio de cada uno de los mismos en su respectiva proporción, luego las obligaciones adquiridas bajo tal unión se adquieren *in solidum* por cada uno de los miembros; la otra perspectiva formal o abstracta estima que tal unión da lugar a una personalidad jurídica que conforma un sujeto distinto de los miembros y por ende sus obligaciones también.

Más dicha dicotomía se ha hecho depender esencialmente de la voluntad de los miembros de la unión, es decir su carácter es principalmente convencional y relativo entre las partes o miembros, no obstante oponible frente a terceros, es decir, con efectos *erga omnes* en cuanto concierne a la voluntad de creación de un sujeto de derecho distinto de aquéllos³⁹. Siendo así que por la formalidad que se adopte sus miembros se obligarán acorde a lo dispuesto por las normas supletorias de la voluntad privada. Estas perspectivas atienden justamente a la noción que de la naturaleza se tenga sobre el ente moral.

³⁹ Esta diferencia parece entenderla Ferrara a partir de la idea de *societas* o sociedad en contraposición al *corpus* o unidad, pues el primero es un contrato *singuli* o *arcam comunem* y el segundo un *universitas*. Ferrara, Francesco. Teoría de las Personas Jurídicas. Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros. Volumen CXXXIV. Editorial Reus. Pág. 41.

En lo que toca a la personalidad del Estado, la cuestión es un poco más sibilina, pues esta no surge propiamente de la voluntad (como producto de un acuerdo o convención) de sus miembros, sino de una soberanía que se expresa a través de mandatos u órdenes (*leges contractus*) que pretende legitimarse de distintas maneras, según intereses históricos de quienes la han ostentado de manera perceptible o imperceptible, y con la cual cabría formular no una teoría del contrato social sino del cuasicontrato social, habida cuenta que su origen e imposición deviene de uno o de algunos sujetos en “representación” formal de otros que excluyen la idea de acuerdo de voluntades⁴⁰.

Con todo, se ha impuesto la regla general de la personalidad jurídica como sujeto de derecho distinto de los integrantes o individuos que la conforman, bien a nivel privado o bien a nivel estatal, sin que aparezca muy diáfano el sustento para ello, bien axiológico, positivo o fáctico, interesándonos al unísono los tres aspectos como teoría tridimensional, y por ende general, del derecho.

Ahora bien, para realizar una definición, como la que nos ocupa, se requiere conocer en primer lugar las distintas teorías que tratan de explicar la naturaleza de la persona jurídica, pues es a partir de ellas que sus nociones o conceptos varían, como se verá a continuación:

2.2.1. Teorías tradicionales que explican su naturaleza.

Como se indicó en el numeral precedente las nociones anteriores, no son suficientes y están íntimamente ligadas a las ideas que sobre el fenómeno de la personalidad jurídica se tenga, siendo en consecuencia menester retomar y resumir para el derecho en general, que comprende al *ius publicum*, la distintas

⁴⁰ Tamayo Lombana, Alberto. Manual de Obligaciones. Teoría del acto jurídico y otras fuentes. Quinta edición. Editorial Temis. Bogotá D.C. 1997. Pág. 25.

teorías que tratan de explicar la naturaleza de dicho fenómeno, esto es, su esencia y propiedad.

Tal cuestión surge del problema del ser, es decir, ontológico, en el que se interroga qué clase de ser es la persona jurídica, es la confrontación clásica filosófica entre idealismo y realismo sobre el cual la epistemología o teoría del conocimiento aún no se ha puesto de acuerdo, quizás porque es imposible excluir la una o la otra facción, pues es lo cierto que el conocimiento entraña y hace posible ambas posturas, que desde diferentes ángulos o dimensiones es percibida y que integradas conforman un todo que es justamente a lo que aspira una teoría del conocimiento respecto de su objeto.

Las posturas radicales y opuestas apriorísticamente, fueron característica de épocas pasadas, y tan solo de manera muy reciente se ha venido concibiendo un conocimiento intermedio o relativo que no es absoluto, sino que forma parte integral junto con otras perspectivas. No obstante, es necesario recordar las teorías clásicas que sobre el particular han existido, no para oponerlas, como sucedió de manera original, sino para integrarlas y compendiarlas de una manera racional como un todo. El hecho que la luz del día sea vista de una manera en el polo norte y de otra en la zona ecuatorial, no quiere decir que la una sea verdadera y la otra no, sino que ambas obedecen a una realidad diferente con respecto al mismo objeto que se relativiza dadas las circunstancias, en este caso espaciales, igual sucede con las reflexiones y el pensamiento que se aspira a unificar, no excluyentemente, sino armonizadamente.

2.2.1.1. Teorías que niegan la existencia de la persona jurídica.

a. En primer lugar la teoría de la ficción.

Esta teoría tuvo inicialmente gran arraigo con su principal exponente, el alemán y gran romanista Friederick Karl Von Savigny, quien concebía a la persona jurídica

como un ser o sujeto ficticio, artificial, cuya existencia estaba limitada a unos fines jurídicos que surgen al lado del individuo como sujetos de las relaciones de derecho. Así describía tal autor el fenómeno: *“Empleo la palabra persona jurídica en oposición a la persona natural, es decir, al individuo, para indicar que los primeros no existen como personas, sino para el cumplimiento de un fin jurídico”*⁴¹, destacando que no son sino sujetos con capacidad de poseer una propiedad común, capacidad que se limita exclusivamente al derecho de bienes.

Esta ficción se ha hecho consistir en el hecho de la voluntad o del querer que se estima es una facultad exclusiva del ser humano, siendo la personalidad jurídica una ficción o artificio donde el derecho finge o imagina su existencia para exclusivos fines determinados y son por naturaleza incapaces de querer y de obrar, incapacidad que conlleva indefectiblemente a la irresponsabilidad extracontractual o delictual, toda vez que *“Los delitos que hay la costumbre de imputar a las personas jurídicas, se cometen siempre por sus miembros o por sus jefes, es decir por personas naturales ...y castigar la persona jurídica como culpable de un delito, sería violar el principio fundamental del derecho criminal que exige la identidad del delincuente y del condenado”*.

Quienes así piensan, aduce el autor, *“...atribuyen a las personas jurídicas una capacidad absoluta de poder que no tienen realmente; y esta capacidad ficticia no excede del objeto de su institución, que es hacerle participar del derecho de bienes, Para conseguirlo es indispensable la capacidad para los contratos, de la tradición, etc., pero no la perpetración de un delito”*⁴², pues si dicha capacidad fuera absoluta, también tendrían aquéllas capacidad para las relaciones de familia, lo cual como se sabe no es posible, según el mismo tratadista.

⁴¹ M.F.C. de Savigny. Sistema del derecho Romano actual. “Personas jurídicas. Definición”. Traducción de M. Ch. Guenoux y vertido al castellano por Mesía Jacinto y Poley Manuel. Editorial Comares S.L. Colección Crítica del Derecho. Sección Arte del derecho. Director Monereo Pérez José Luis. Granada, España. Págs. 286 y ss.

⁴² *Ibidem*. Pág. 320.

b. Teoría del patrimonio para un fin.

Según esta teoría, que participa de la anterior en la medida que no reconoce la existencia de la personalidad jurídica como sujeto de derecho, sostiene que la persona jurídica no es un sujeto sino un patrimonio destinado a un fin, esto es, efectúa una concepción teleológica del patrimonio que se destina a un fin determinado. Parte del hecho, entonces, según el cual la persona jurídica es un patrimonio sin sujeto, el que no obstante es protegido por el derecho, *“No hay ...junto a las personas naturales una segunda especie de personas, sino por el contrario una segunda especie de patrimonio ...El hecho de que el patrimonio carezca de dueño no se debe deducir que no es objeto de derecho, puesto que puede ser protegido por el orden jurídico del mismo del mismo modo que si perteneciese a alguien”*⁴³.

Es teoría desconoce así a la persona jurídica como sujeto de derecho y, *contrario sensu*, constituye un objeto del mismo que encuentra así protección dentro del ordenamiento jurídico, toda vez que partiendo de la teoría de la ficción, encuentra que no puede haber un sujeto fingido de donde igualmente se desprenderían derechos fingidos, lo que a su entender no es posible.

c. Teoría individualista.

Es la teoría propuesta por Rudolph von Ihering, quien partiendo de la concepción del derecho subjetivo afirma que el derechohabiente es aquel que puede gozar y no querer, y conforme a esta noción esa capacidad de goce es exclusiva de los seres humanos, *“Siendo que la personificación no es más que la forma de apropiación de un patrimonio a los intereses y a los fines de persona (sic) indeterminadas”*, destacando que la personalidad jurídica *“...no es en realidad*

⁴³ Ferrara, Francesco. . “Teoría de las Personas Jurídicas”, Colección Grandes Maestros del Derecho Civil, Serie Personas y Bienes. Editorial Jurídica Universitaria. Volumen 4. México.2003. Pág. 59.

*más que una máscara, es el mecanismo que sirve de vehículo a las relaciones de la comunidad hacia el exterior, un intermediario ...Los derechohabientes son los interesados en la comunidad, que se mueven detrás de él (sic) y de quienes él (sic) no es más que el portavoz*⁴⁴. Siendo así las cosas, para esta teoría la personalidad jurídica es un medio, expedito por cierto del comercio, que permite satisfacer las necesidades e intereses particulares de los hombres, afirmando en cuanto respecta al Estado que éste “...no es otra cosa que la relación de poderío o de dominio que existe entre dominante (Der Herrscher) y dominados (el pueblo en un territorio)”, estimando que la personalidad jurídica es una ficción del cual debe deshacerse la ciencia jurídica, pues en realidad solo existen los hombres.

d. Teoría de León Duguit.

Esta teoría parte de la negación de la existencia del derecho subjetivo, pues según la misma el derecho objetivo, que es el único existente, es anterior a la voluntad, siendo que ésta última se sustenta en la primera, incorporando en el sustento normativo objetivo el concepto de solidaridad como deber ser, que surge como regla de hecho impuesta a los hombres. A partir de esta negación del derecho subjetivo aduce que ni siquiera surge la cuestión jurídica de buscar un sujeto para estos. “*Ciertamente el legislador regulará esta situación, pero la realidad es que no hay un sujeto de derecho, un ente colectivo personificado, sino un individuo que quiere el provecho de los terceros, de una pluralidad de hombres y que el fin que determina esta voluntad, por ser conforme a la solidaridad, crea una situación jurídica subjetiva que es protegida. Por esto es inútil toda abstracción o ficción de una personalidad del Estado: el hecho es que en los grupos humanos hay una diferenciación entre gobernantes y gobernados; los unos se imponen por la fuerza a los otros*”⁴⁵.

⁴⁴ *Ibidem*. Pág. 92.

⁴⁵ *Ídem*. Pág. 96.

2.2.1. 2. Teorías de la realidad.

En oposición a las anteriores, se encuentran aquéllas teorías que reconocen y explican la realidad de las personas colectivas o jurídicas, tomando como base de sus asertos el hecho de que el concepto de persona no está ligado al de ser humano sino al de sujeto de derecho que puede no ser un hombre, debiendo extenderse tal concepto del derecho privado al público. Según afirma Francesco Ferrara⁴⁶, esta tendencia se inició hacia los años de 1830 con miras a explicar la naturaleza jurídica de las sociedades comerciales o *societas* que empezaban a surgir como novedades del evolucionar jurídico, y especialmente del derecho germano donde se hizo combinación de la *universitas* y la *communio* (universalidad y comunidad de derechos), quienes trataron de enlazar éste fenómeno con la corriente orgánica publicista, según la cual el Estado, como persona jurídica resultaba análogo a un órgano biológico que tiene voluntad propia o popular manifestada en la ley y actúa a través de sus órganos humanos.

a. Teoría orgánica.

Von Gierke, es el principal exponente de esta teoría en la que sostiene que “*La Corporación – que después extiende a las fundaciones e instituciones - es una persona real colectiva (realer Gessamtperson) formada por hombres reunidos y organizados en una existencia corporativa que tiende a la consecución de fines que trascienden de la esfera de los intereses individuales, mediante la común y única fuerza de voluntad y de acción. Este todo colectivo es un organismo social dotado, a semejanza del hombre, de una potestad propia de querer, y por tanto capaz de ser sujeto de derechos*”⁴⁷. Capacidad que encuentra parificada a la de los hombres, salvo ciertas relaciones que por su naturaleza son exclusivas de éstos, elevada a categoría jurídica, cuyo querer y obrar se realiza por medio de

⁴⁶ *Ídem*. Pág. 69.

⁴⁷ *Ídem*. Págs. 75 y ss.

órganos que no connota una representación sino una voluntad, la que por tal puede cometer por ello actos ilícitos, que hace que asuma una responsabilidad directa tanto por culpa contractual como aquiliana; empero, contradictoriamente reconoce que el obrar de la persona jurídica por un órgano está limitado por la esfera de su competencia, sobre lo cual ininteligiblemente deduce la posibilidad de sanción que pueden consistir en una pena pecuniaria, en disolución, etc., que curiosamente no se observa de nuestra parte ocurra así con el Estado.

Esta teoría que se opone ferozmente a la teoría de la ficción, a la cual se refiere como superada (no indica cómo pero así lo estima), muestra igualmente un marcado nacionalismo alemán que pretende y aspira a desligarse de las instituciones romanas al decir que es *“El espíritu antigermano, impopular, infecundo y antisocial ...solo conoce el nombre, no la esencia de la corporación; solo sabe de individuos no ligados, cerrados en sí, obrando en mecánico choque y contrachoque entre sí, pero de una comunidad de personas que vivifica sus miembros en una personalidad colectiva no sabe nada”*⁴⁸, lo cual aduce refiriéndose al proyecto de Código Civil Alemán (BGB), del que dice es *“...servilmente esclavo del giogo romanístico...”*⁴⁹.

b. Teoría de la persona real ideal.

De manera muy concreta, debemos indicar que esta teoría toma como base para su definición el concepto de representación, en la que reconoce que el ente colectivo es incapaz de voluntad y de obrar, siendo para ello necesaria la representación por sus miembros, señalando que estos entes en efecto no son corporales y no por ello son irreales, y como cosas reales son concepciones más no ficciones. *“Porque la ficción piensa un hecho que está en contradicción con la realidad de las cosas. La representación de las personas jurídicas, por el contrario,*

⁴⁸ *Ibidem* Pág. 76.

⁴⁹ *Ídem.*

sujeta lo real a un concepto que corresponde a lo real ...Ciertamente las personas jurídicas no son sensibles, pero son metafísicamente reales”⁵⁰.

c. Teoría del derecho subjetivo.

Esta teoría pretende explicar la naturaleza de las personas jurídicas a partir de la concepción del derecho subjetivo, para significar que lo que reconoce el derecho no es una voluntad abstracta, sino determinada a un fin, donde la persona natural o jurídica brilla como titular de un derecho, siendo que esta última se caracteriza por ostentar un **interés** protegido distinto de los intereses individuales, es decir, un interés colectivo y permanente.

De esta teoría participan Bernatzik y Jellinek, quienes con dicha tesis reducen la noción de persona jurídica a un mero tecnicismo jurídico, sobre el cual dicho sea de paso no se observa que explique realmente la naturaleza de los entes colectivos, amén que relacionan el derecho subjetivo de manera equivocada como un simple interés protegido por la ley, y no como una facultad o poder del individuo o del sujeto de derecho (*facultas agendi*).

En resumen, esta tesis descansa en la noción de titularidad de derechos, combinando los conceptos de derecho subjetivo, como poder de voluntad, definición de Windscheid⁵¹, y como un interés protegido, definición de Ihering⁵², haciendo prevalecer este último, según observamos nosotros. Donde quiera que haya titularidad de derechos habrá sujeto de derecho, según puede colegirse de esta teoría.

⁵⁰ *Ídem*. Págs. 85 y 86.

⁵¹ Dabin, Jean. “El Derecho Subjetivo”, Traducción de Francisco Javier Osset. Editorial Comares S.L., Granada, España. 2006. Pág. 68.

⁵² *Ibidem*.

d. Teoría de la organización.

Tesis prolijada por Enneccerus, según la cual la persona jurídica es la respuesta de la sociedad para llevar a cabo determinados fines, lo que hace a través de instituciones, asociaciones u organizaciones, esto es, como ordenamiento cuya entidad es de cosa pensada sin existencia sensible, como creaciones humanas que con fundamento en su organización, pone a su servicio actividades y voluntades humanas, ostentando una capacidad de obrar.

e. Tesis de Ferrara.

Para este autor, la personalidad es un término genérico que aplica a todo sujeto derecho, individual o colectivo, siendo que la personalidad jurídica no es una invención de la ley o un procedimiento creado por los jurisconsultos, pues por el contrario constituye una doctrina jurídica que se ha formado de manera espontánea y natural constituyendo por tal *“...la traducción jurídica de un fenómeno empírico; el legislador no interviene (sic) aquí brutalmente por motivos de oportunidad (Sohm), para decir que hay unidad donde hay pluralidad (Meurer), no hace más que secundar, desarrollar, traducir a términos jurídicos lo que ya existe en la concepción práctica social ...El derecho encuentra ya estas unidades dada en la vida, y toma frente a ellas posiciones y ordena sus relaciones”*⁵³.

Adoptando así una postura empírica-formalista, cuyo conocimiento deriva de las prácticas sociales antes que legales, según esta tesis la persona jurídica no es una entidad orgánica o psicológica, es una forma o procedimiento jurídico de unificación, no es una cosa, sino una forma de ser de las cosas, como configuración organizativa legal para participar en el comercio.

⁵³ Ferrara, Francesco. Ob. Cit. Pág. 137.

f. Teoría egológica de la personalidad jurídica.

Esta es una tesis muy raramente referida o conocida dentro de la propia teoría jurídica latinoamericana, tiene como fundador al argentino Carlos Cossio, quien ha contribuido a la ciencia jurídica con su teoría egológica del derecho⁵⁴, la cual sustenta en el “yo actúo”, y no en el “yo pienso”, es decir, para esta corriente de pensamiento, el derecho está constituido o conformado por la conducta humana como expresión cultural que se ve a su vez influenciada por valores y por normas objetivas⁵⁵, a partir de lo cual colige, que la persona es únicamente el ser humano, quien despliega su obrar acorde a su naturaleza ontológica, constituyendo la personalidad jurídica una extensión de su actuar, o una división de este proceder que es reconocido en el primer caso por la ley de manera inmediata y mediata en el segundo evento, tesis que por lo mismo cabría ser ubicada mejor dentro de aquéllas que niegan la existencia de la personalidad jurídica, pero que no obstante se ubica con las que la prohíjan dada su sincronía cronológica que se viene exponiendo de las doctrinas más recientes.

g. Teoría de H.L. Hart.

Dentro de las doctrinas contemporáneas también encontramos la tesis de Hart, autor inglés quien asumiendo una postura analítica, que no es propiamente una postura filosófica sino una actividad de la misma, que aspira al estudio del lenguaje filosófico, sostiene que el problema de la naturaleza de la personalidad jurídica no es metafísico, donde se trata de elucubrar la esencia de aquélla, sino que es un aspecto nominal o lingüístico, como palabra o expresión, que nada tiene que ver con las cosas o esencias, que procura establecer o determinar un

⁵⁴ *Infra.*

⁵⁵ Cossio, Carlos. Teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad. Losada, Buenos Aires. 1944. Citado por Fernández Sessarego, Carlos. Naturaleza tridimensional de la persona jurídica con especial referencia al derecho peruano. Revista Diké. Pontificia Universidad Católica del Perú. Portal de Información y Opinión Legal. Portal Jurídico Legal. Consultado el 16/mayo/11.

concepto o significado, aproximándose de esta forma con la semiótica jurídica propiamente dicha. Empero, como positivista, moderado, que se afirma que es, identifica el concepto de persona jurídica con el de norma objetiva en el que debe estar contenida su acepción.

2.2.1. 3. Corolario teórico y concepto de persona jurídica.

Como se puede apreciar las distintas teorías tratan de explicar desde diferentes perspectivas cuál es la naturaleza de los entes jurídicos, que oscilan entre idealismo, realismo, positivismo, teleologismo, subjetivismo, objetivismo, etc., todas las cuales pretenden ser las correctas. No obstante, debe destacarse que todas estas teorías son o pueden ser verdaderas, y pese a resultar aparentemente contradictorias, es lo cierto que al unísono todas describen y hacen parte de una misma realidad, que por ser verificada desde esos diferentes ángulos confluyen a la unidad multidimensional de la personalidad jurídica.

No se trata pues, por lo menos en esta investigación, de asumir posturas unidimensionales, que por lo mismo resultan extremadamente limitadas e insuficientes para explicar en otras esferas del entendimiento. Todas entonces, desde su particular perspectiva, se aprecian correctas, toda vez que un criterio subjetivista no puede resultar cierto en un criterio objetivista, y a su inversa, ya que es evidente que se ha salido de su plano dimensional para comprenderlo en otro, que no puede ser el mismo desde el cual es extraído.

Ahora bien con miras a continuar con el estudio de la personalidad jurídica, es menester abordar su concepto formal que tienda a determinar los elementos que lo integran o componen, y a partir de los mismos establecer su alcance, atendiendo a que todas estas estructuras descriptivas parten de conceptos y nociones que han de engranarse de manera lógica y coherente, iniciando

primeramente por aquéllos que se establecen de manera objetiva en los diccionarios lingüísticos y jurídicos diseñados para el efecto.

Así entonces tenemos que iniciar con el concepto mismo de persona que en latín connotaba una “...*máscara de actor, personaje teatral...*” que con el tiempo se vino a identificar con el individuo de la especie humana, pero que también se identificó con la noción de sujeto de derecho, en el que se distinguió entre persona física y persona jurídica, para entender por la segunda una “*Organización de personas o de personas y de bienes a la que el derecho reconoce capacidad unitaria para ser sujeto de derechos y obligaciones, como las corporaciones, asociaciones, sociedades y fundaciones*”⁵⁶.

Por su parte el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Ossorio, refiere como término general la noción de persona por la que entiende un “*Ser o entidad capaz de derechos y obligaciones, aunque no tenga existencia individual física, como las corporaciones, asociaciones, sociedades y fundaciones.*”⁵⁷.

En lo que respecta a la doctrina, hemos de destacar la noción que trae Francesco Ferrara, quien para el efecto sugiere como tentativa de concepción dogmática aquella según la cual la persona jurídica en sentido técnico corresponde a un sujeto de derechos, que como categoría jurídica “...*no implica ninguna condición de corporalidad o espiritualidad...*” y constituye un “...*ser punto de reunión de derechos subjetivos, basta formalmente para que haya un sujeto, y la cualidad de ser tal forma la personalidad. Personalidad, por tanto, es sinónimo de capacidad jurídica, de subjetividad de derechos y de obligaciones, de receptibilidad de los efectos del orden jurídico y es una situación jurídica, un status, no un derecho*”⁵⁸.

⁵⁶ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia, Tomo II, Pág. 1739. Vigésima segunda edición, Madrid, España, 2001.

⁵⁷ Ossorio Manuel, Ob. Cit. Pág. 747. 1999.

⁵⁸ Ferrara Francisco, Ob. Cit. Pág. 126.

Para Ambroise Colin y Henry Capitant “*La noción de personalidad, en sí misma es una abstracción. Designa, en general, la aptitud para ser sujeto de derechos y de obligaciones. Estar dotado de personalidad es ser capaz de participar en la vida jurídica, de adquirir derechos, de obligarse*”, cualidad que “...no pertenece únicamente a los seres humanos”⁵⁹.

Así mismo, se estima importante referir la noción que Gierke realiza sobre el particular, atendiendo a su especial inclinación *ius-publicista*, quien parte de la noción propia de corporación para indicar que “...es una persona real colectiva (*realer Gesamtperson*) formada por hombres reunidos y organizados en una existencia corporativa que tiende a la consecución de fines que trascienden de la esfera de los intereses individuales, mediante la común y única fuerza de voluntad y acción. Este todo colectivo es un organismo social dotado, a semejanza del hombre, de una potestad propia del hombre, de una potestad propia de querer, y por tanto, capaz de ser sujeto de derechos”⁶⁰.

Philip James, autor inglés nos da una idea de lo que por persona, como término general, se entiende en la familia del *common law*, el cual coincide con la raíz latina “*per*” que significa “a través de” y “*sonare*”, “*sonar*” y, que como máscara o personaje, que al decir del autor, se transfirió al escenario jurídico para denotar cualquier ser humano o cosa que pudiese reclamar derechos o ser objeto de deudas, no siendo necesario que sea llevada por los seres humanos⁶¹.

En nuestro medio, se destaca el concepto que traía Arturo Valencia Zea, quien también refiere que por persona se entiende un sujeto de derechos, que implica una capacidad por activa o por pasiva de las normas jurídicas. Nuestro ordenamiento civil por su parte define a la persona jurídica en su artículo 633 al

⁵⁹ Colin Ambroise y Capitant Henry. Ob. Cit. Pág. 289.

⁶⁰ Ferrara Francesco. Ob. Cit. Pág. 76.

⁶¹ James Philip. Introducción al Derecho Inglés. “*Personalidad, Estado y Capacidad*”. Editorial Temis S.A. Versión Castellana de Torres García Jesús. Bogotá D.C. 1996. Pág. 72.

decir que *“Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”*.

De los anteriores conceptos podemos extraer en común que la personalidad en general es una aptitud o capacidad para ser sujeto de derecho, es decir, una cualidad o condición para protagonizar o desenvolver un papel como titular en el mundo jurídico. Aptitud o condición que se predica tanto de los seres humanos en aspecto ontológico de personas físicas o naturales, como de las colectividades o agrupaciones de personas, o patrimonios, agregamos, según la finalidad que persigan, pues en ambos casos reina la voluntad humana, bien individual, bien colectiva. Más aún, en las nociones argentina y anglosajona se aprecia una identidad en el concepto mismo de persona jurídica como categoría general para ser sujeto de derecho sin la referida distinción que connota tanto al ser humano como a las cosas establecidas para ello.

Igualmente, debemos expresar que el sujeto, destinatario o titular de la aptitud o capacidad, y en este elemento coincide con la propia noción de responsabilidad según quedó visto, para desenvolverse en el mundo jurídico, es aquél sobre el cual es posible predicar o anunciar alguna cosa, en nuestro caso jurídica, como un estado, una situación, una sanción, una causa, una consecuencia, etc.

Así mismo de los conceptos precedentes, se avizora que la noción de personalidad jurídica, se ve dividida ontológicamente entre quienes consideran que es una ficción, una realidad, un fin, un patrimonio, etc., todo lo cual deriva de las diferentes posturas o teorías concebidas para explicar el fenómeno de su naturaleza, siendo entonces necesario proceder a su estudio y análisis con miras a retomar la polémica para el derecho en general, incluido especialmente el derecho público, y tratar de dirimirlo a la luz de las corrientes filosóficas actuales, especialmente las eclécticas.

En lo que respecta al concepto de Estado, no tomaremos para efectos de la presente investigación su noción política, sino jurídica, que estudia al Estado como principal persona jurídica de derecho público, y por ende su estudio se contrae a la de sujeto de derecho al que no obstante le corresponden características especiales que lo distinguen de las de derecho privado, como son el interés general y la ausencia de un *animus lucrandi*.

3. Descripción estructural de la Responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas y del Estado.

3.1. Estructura General.

De la anterior descripción conceptual, podemos proceder a elaborar una descripción estructural que parte de una fenomenología en relación de causa y efecto dentro de la que intervienen varios aspectos o elementos que han sido descritos de manera diferentes por la doctrina y la jurisprudencia, pues esta labor tampoco la efectuó la ley.

De esta manera es posible identificar como elementos estructurales de la responsabilidad los siguientes: 1) una conducta, que entraña una capacidad para ella; 2) una voluntad o elemento subjetivo; 3) un daño o perjuicio y 4) un nexo causal entre el elemento subjetivo y el perjuicio. Así se infiere de la aplicación del artículo 2341 del C.C., con soporte en el cual la Corte Suprema de Justicia ha establecido la responsabilidad directa de los entes jurídicos. Esta es pues una responsabilidad subjetiva dado que requiere un aspecto volitivo y moral.

Cualquier actividad humana que se haga voluntaria o involuntariamente que genere un detrimento a un tercero sin vínculo contractual, lleva a este tipo de responsabilidad. La conducta o acto como elemento es necesario porque es a

través de la misma que el sujeto de derecho transforma o interviene en el mundo fenomenológico, bien de manera positiva o bien negativa, en este último evento cuando se abstiene de hacer algo, lo cual hace con intervención normalmente de su conciencia o voluntad, o por simple descuido, olvido, etc. En cuanto al daño este se refiere a cualquier menoscabo o desmedro de un bien que puede hacer parte de un patrimonio ajeno, patrimonio que es valorable en dinero.

Sin embargo hay quienes en la doctrina han referido que respecto de las personas jurídicas, existe una responsabilidad objetiva, esto es, sin el dolo o la culpa que se exige de las personas físicas, pues bien se entiende que el aspecto subjetivo del agente es el mismo del ente, y por ende uno solo, o se comprende la responsabilidad a partir del hecho calificado como una falta o falla del servicio, en el primer caso se predica de los entes privados, en tanto que el segundo del Estado. Son nociones formales que atienden a una analogía o a un concepto, según el caso, por tal se ha entendido un grado de objetividad de tal responsabilidad que tiende a excluir tal aspecto psicológico como problema de la conciencia.

A este respecto afirma Francesco Ferrara que *“Las personas jurídicas son, pues, comitentes de todos sus oficiales o empleados, que jurídicamente desarrollan su obra en su nombre y servicio (...) Así la responsabilidad de las personas jurídicas en su actividad privada, queda sólidamente establecida y tiene el carácter de una responsabilidad objetiva”*⁶². Concepción que por la época tomaba la teoría indirecta o de la representación, que en su momento acogió la Corte Suprema de Justicia. Objetividad que también comparten Ambroise Colin y Henry capitant⁶³.

En lo que respecta a la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado, que es el mismo fenómeno jurídico pero con un sujeto de derecho público, según

⁶² Ferrara, Francesco. Ob. Cit. Pág. 826.

⁶³ Colin, Ambroise y Capitant, Henry. Ob. Cit. Pág. 162.

se aprecia, se ha estructurado tal responsabilidad, primeramente a partir del concepto de falla del servicio, y como tal se ha dicho que sus elementos son: una falla o falta en el servicio público; un daño o perjuicio; y un nexo causal entre el uno y el otro. Siendo que la falla del servicio se ha considerado como culpa de la administración, que se traduce en una irregularidad, esto es, en una violación normativa. *“Aquí se trata, se dice, de una culpa objetiva o anónima. Preferimos decir culpa objetivizada, es decir, calificada por sus manifestaciones exteriores”*⁶⁴.

Actualmente, con el artículo 90 de la C.P., se ha dicho que los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado, deben estar compuestos, según el régimen subjetivo, por: la falla en el servicio; el daño antijurídico y un nexo causal. En tanto que para la responsabilidad objetiva bastará una actividad de la administración; un daño antijurídico y un nexo causal.

Hay otros autores, que señalan que dentro de los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado tan solo se requiere de un daño antijurídico y que el mismo sea imputable al Estado, toda vez que según estos con la nueva Constitución se pasa de la antijuridicidad de la conducta del agente estatal a la antijuridicidad del daño que sea endilgable al Estado. Esto es, que se pasa de la antijuridicidad de la causa a la antijuridicidad del efecto. Es decir, que según esta estructura, la responsabilidad sería siempre objetiva en la medida que no cuestiona la antijuridicidad de la conducta, como causa, sino del resultado, esto es, el perjuicio. Tesis que en todo caso, no prosperó, según se ha podido apreciar del tratamiento jurisprudencial, que concibió el daño antijurídico como concepto general que contiene las formas de responsabilidad objetiva, teoría del riesgo y otras, y subjetiva, falla del servicio.

⁶⁴ Rodríguez, Libardo. Derecho Administrativo General y colombiano. Editorial Temis. 2005. Bogotá D.C. Pág. 467.

3.2. Estructura según el régimen subjetivo y objetivo y principio *onus probandi*.

A partir del régimen probatorio, se han establecido unos regímenes de responsabilidad que atienden al sistema subjetivo u objetivo como ya se advirtió en el numeral anterior, y esto justamente trasciende al aspecto probatorio y al principio de la carga de la prueba, que en nuestro sistema está determinado por el legislador en su artículo 177 de la obra adjetiva civil, según el cual “*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”. Y agrega: “*Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba*”.

En el derecho privado opera la responsabilidad subjetiva y como descarga probatoria del actor en la teoría del riesgo opera un régimen de presunción de culpa, no existiendo pues una responsabilidad objetiva propiamente dicha sino más bien objetivada o con tendencia a ella desde el plano probatorio.

En materia administrativa, se ha desarrollado un régimen que sí incluye en algunas hipótesis la responsabilidad objetiva propiamente dicha, lo cual obedece al tratamiento que de responsabilidad subjetiva que allí se ha dado, considerando que dentro de esta especialidad la culpa se ha reemplazado por el concepto de falla del servicio como forma de responsabilidad subjetiva. Así tal falla del servicio no entra a considerarse en materia del daño especial, en el depósito, etc., proponiendo por otra parte el régimen intermedio de culpa presunta (falla presunta) por virtud de la teoría de la carga dinámica de la prueba, y un régimen subjetivo que ya se vio lo maneja bajo el concepto de falla del servicio, que es en todo caso “objetivada” a la luz conceptual, que no comportamental.

4. Fundamentos o razones formales de la responsabilidad patrimonial extracontractual de los entes jurídicos y aproximación del problema.

4.1. Fundamentos o razones formales de la responsabilidad patrimonial extracontractual de los entes jurídicos.

De las descripciones antes referidas, se aprecia que el tema de la responsabilidad patrimonial extracontractual de las personas jurídicas y del Estado, no obedece a una codificación o positivización de tal fenómeno como correspondería en nuestro medio, tampoco sus definiciones y menos aún su estructura. Más con todo han sido la jurisprudencia, tanto de la jurisdicción común, como de la contenciosa administrativa, y la doctrina las que han dado un desarrollo a tal institución jurídica respecto de los entes jurídicos.

Empero, tal implementación teórica, que ve como posible el predicar este tipo de responsabilidad para los sujetos de derecho como de las personas jurídicas, ha obedecido a unos argumentos que se han desprendido por lo general de la concepción realista y unidimensional de la naturaleza de las mismas, esto es, de una manera objetiva u ontológica, o se ha dicho que obedece a razones “prácticas” y más recientemente de manera socializadora, teleológica y garantista con respecto a las víctimas, consultando, según han manifestado unos y otros autores, razones de equidad.

E igualmente en lo que toca al aspecto ético se ha integrado la voluntad o no del agente como voluntad del ente, aspecto que, como se indicó se identifica en estos sujetos con un concepto distinto de la conciencia humana, como la falla del servicio. De contera que hasta lo aquí expuesto, podemos extraer como fundamentos del establecimiento de la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas y del Estado las siguientes:

4.1.1. Fundamentos Ontológicos.

En cuanto a la naturaleza de las personas jurídicas, indubitadamente es con el apogeo e imposición de la teoría organicista a partir de la cual se han desarrollado las tesis de responsabilidad junto con sus variantes: organicista, indirecta o teoría de la representación, directa, falla del servicio, aduciéndose que tal responsabilidad estriba en la realidad del ente que actúa a través de sus órganos humanos, tomando interés especial en la voluntad colectiva capaz de manifestarse fenomenológicamente de esta manera.

Esta teoría entonces, toma en consideración al objeto o ente como una realidad del mundo exterior, por ende capaz de contraer derechos y obligaciones como una persona física, máxime cuando su realidad reposa en el aspecto jurídico. Tesis general a partir de la cual se han derivado propiamente teorías especiales como la organicista, o la tesis del derecho subjetivo, de la representación, etc. Todas las cuales respaldan este tipo de responsabilidad, bien sea directa o bien indirectamente.

4.1.2. Fundamento Teleológico o “Garantista”⁶⁵.

En lo que respecta a la teleología de la responsabilidad patrimonial, se ha sostenido que protege a la víctima de eventuales insolvencias del agente causante del daño, garantizando así su derecho a reparación, especialmente en tratándose de responsabilidad del Estado que hasta ahora jamás se ha reputado insolvente. *“Si, pues, las consecuencias del acto ilícito deben recaer sobre la persona jurídica, es por otra razón, que no es el acto arbitrario y desautorizado de los representantes. Esta razón de Zachariae está fundada en una tácita asunción de*

⁶⁵ Este concepto no corresponde al Garantismo expuesto por Luigi Ferrajoli, pues tan solo hace alusión a la protección efectiva de la víctima y no incluye los aspectos del trialismo jurídico.

*garantía por parte de la persona jurídica, por los actos de sus órganos y dependientes*⁶⁶.

De tal suerte que según este fundamento, la responsabilidad de los entes jurídicos reposa o se establece en el aseguramiento de la reparación del daño o perjuicio a la víctima, que en cualquier caso no tiene porque soportar el alea de la solvencia de su victimario, siendo que el patrimonio de la personalidad jurídica le protege mejor en tal sentido.

Así mismo el autor español ANTONIO BORREL MACIÁ, agrega a lo anterior, en cuanto concierne a la responsabilidad del Estado, que sin una justificación garantista, que además estima como justa y producto de la equidad, se afectaría igualmente el prestigio de ente público y la importancia que pretende obtener⁶⁷.

4.1.3. Razones de equidad o justicia.

*En ese sentido afirma Ferrara que "...la mayoría de los juristas y la jurisprudencia luego, renunciando a una construcción técnica del principio; admiten la responsabilidad por consideraciones de justicia y por las exigencias sociales. Las personas jurídicas por seguridad del comercio, debe asumir los daños, juntamente con las ventajas de su actividad jurídica. Porque estas se sirven de hombres para participar en la vida jurídica, deben sufrir sus consecuencias, así en lo lícito como en lo ilícito*⁶⁸.

"El principio de que los actos del representante obran en pro y en contra del representado no es una consecuencia jurídica que se derive de la institución de la representación o de la persona jurídica, sino que responde a una exigencia de

⁶⁶ *Ibidem*. Pág. 819.

⁶⁷ Borrell Maciá, Antonio. Responsabilidades Derivadas de Culpa Extracontractual Civil. Bosch Editor. 2003. Barcelona, España. Pág. 138.

⁶⁸ *Ídem*. Exponiendo el punto de vista de Löning. Ob. Cit. Pág. 819.

*equidad. Es una norma de derecho consuetudinario que se delinea en admitir que las personas jurídicas y el Fisco responden de las culpas de sus órganos y empleados. Se trata de una nueva forma de responsabilidad objetiva*⁶⁹. Tesis que según el mismo autor, corresponden a aquéllas que limitan la responsabilidad de tales entes según la noción de culpa *in eligendo* o *culpa in vigilando* o solo se admite para relaciones contractuales con exclusión de la culpa aquiliana, en donde estima existe confusión a limitar tal responsabilidad, lo cual se aprecia más bien como ilógico, pues de un lado afirman aparentemente la posibilidad de responsabilidad por los actos ilícitos y posteriormente la limitan a cuestiones lícitas.

4.1.4. Razones prácticas y sociales.

Como desarrollo del fundamento garantista, se ha venido implantando una tendencia actual por socializar la responsabilidad civil extracontractual, en la cual se desplaza tal fenómeno a la seguridad social o hacia el derecho público, pues según advierte Arturo Valencia Zea en esta tendencia *“El Estado debe indemnizar los daños que sufran los particulares cuando no exista un responsable (terremotos, incendios, etc.) o cuando el responsable sea insolvente o no se pueda descubrir”*⁷⁰, responsabilidad que puede asumirse por un fondo de garantías o por el propio Estado.

Aspecto que según esta tendencia, ofrece soluciones prácticas, facilitadoras o eficaces frente al eventual anonimato o desconocimiento del autor del daño o de su insolvencia patrimonial.

⁶⁹ Ídem. Pág. 819.

⁷⁰ Valencia Zea, Arturo. Ortiz Monsalve, Álvaro. Ob. Cit. Págs. 163 y ss.

4.1.5. Razones normativas o positivistas.

Con los positivistas, hoy se dirá también que el sustento de tal responsabilidad es la constitución política en el artículo 90, en lo que al Estado respecta, sin embargo no es este el sustento que busca aparejarse o escrutarse dentro de una teoría dogmática como la propuesta, en el que se incluya no solo la validez formal, sino también la deontológica y la fáctica. Más aún se observa que estos fundamentos tienden incluso a confundir el sustento de una teoría con la fuente de donde es tomada, y así, se afirma que la motivación de dicha teoría se encuentra en determinada norma o artículo, o para otros en algún autor famoso, sin considerar la razón o inteligencia que contiene la misma, pues las normas, incluso las constitucionales, con base en ello, son o pueden ser objeto de corrección o prudencia⁷¹ legislativa, judicial o doctrinal.

4.2. Aproximación del Problema.

Todos estos fundamentos o justificaciones que han servido, *prima facie*, de soporte al establecimiento de la responsabilidad jurídica patrimonial extracontractual de las personas jurídicas y del Estado, se evidencian superfluas, lacónicas y unidimensionales, que sin abordar sus afirmaciones a fondo han impuesto un sistema de estirpe dogmático que se ha vuelto prácticamente incuestionable y por ende hasta irreflexivo.

Basta con observar las tendencias formales de derecho comparado tanto en el *civil law*, como ahora en el *common law*⁷², como en el derecho internacional, donde se ha apostatado y mostrado como un fenómeno natural garantista por

⁷¹ Dabin, Jean. Ob. Cit. Pág. 230. El autor concibe el derecho como obra de prudencia y por ende como algo construido y no “dado”.

⁷² Cabe destacar no obstante que en el sistema anglosajón, el único país que ha adoptado un sistema de responsabilidad en ese sentido y de manera reciente es el Reino Unido, y únicamente para aludirlo con respecto a la responsabilidad de la Corona y no del Estado propiamente dicho. *The Crown Act*.

demás de los derechos humanos o fundamentales el establecimiento de la responsabilidad patrimonial extracontractual de las personas jurídicas y especialmente del Estado.

No obstante, parece que tal fundamentación estática y unidimensional no contempla ni comprende el aspecto material, axiológico y aún incluso de validez formal que debe sustentar toda institución jurídica como parte de una teoría general explicada a la luz de la teoría tridimensional del derecho, que coincide con la noción garantista⁷³ del mismo que a la postre viene discutiéndose en nuestros días con tratadistas como Luigi Ferrajoli a la cabeza, y que contiene los mismos elementos fácticos, éticos y formales, que permiten dar mejor cuenta de la existencia de un soporte o sustentación de cualquier teoría jurídica como paradigma ético-positivista y realista, que al unísono las justifican, legitiman y explican.

Lo anterior obedece, a que el multidimensionalismo, viene presentándose como una realidad de los objetos del conocimiento, que en lugar de ser contrario o contradictorio, es integrador y armónico⁷⁴ de una realidad mayor que se aprecia por los mismo más compleja, pero a su vez más precisa y exacta al comprender los distintos puntos de vista, que en lugar de desconocerlos, los reafirma desde su particular perspectiva y los complementa con otras realidades, que justamente le brindan su dinámica.

Se hace necesario entonces realizar a continuación una descripción de los sistemas jurídicos occidentales, como son el *civil* y *el common law* y sus sistemas de fuentes del derecho, engranados con las corrientes ius-filosóficas que los inspiran, lo cual permitirá verificar la coincidencia o no de la teoría de la responsabilidad extracontractual de los entes jurídicos con la filosofía de dichos

⁷³ Ferrajoli, Luigi. Ob. Cit. Pág. 15.

⁷⁴ Este concepto bien podría identificarse con el término tolerancia, que es una noción inicial, aunque no tan desarrollada como la integradora.

sistemas y de esta manera abrir paso a la segunda parte de este trabajo relativa a la identificación del sistema colombiano frente a la teoría de la responsabilidad referida.

Con el problema referido se aspira a descubrir e indagar el alcance de razonabilidad que guarda o no la teoría de la responsabilidad patrimonial extracontractual de las personas jurídicas y del Estado frente a la realidad tridimensional del derecho como paradigma garantista normativo.

CAPÍTULO II

DESCRIPCIÓN DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS Y CORRIENTES IUSFILOSÓFICAS QUE DETERMINAN EL VALOR DE LAS FUENTES DEL DERECHO⁷⁵.

Con miras a poder abordar más adelante la segunda parte de nuestra investigación es preciso hacer previamente alusión a los dos principales sistemas jurídicos occidentales contemporáneos en medio de los cuales oscilan las tendencias iusfilosóficas actuales, que llevan a variedad de decisiones jurisdiccionales y teorías jurídicas, unas ceñidas al texto legal del *ius scriptum*, y otras al poder de creación del derecho por parte de los Jueces, *ius non scriptum*, pero en todo caso, esta última, limitada por el precedente.

Es así como deben identificarse los diferentes matices que encierra una decisión judicial o una teoría jurídica, como son: de un lado, el sistema de fuentes del Derecho; y por otro, la tradición jurídica de determinado entorno social, cultural o territorial, que implica la observancia de ciertos principios que lo identifican y lo relativizan frente a los demás sistemas.

Con base en lo anterior, el presente capítulo, partirá de una identificación preliminar de las familias jurídicas del *Common law* y del *Civil Law*, inspiradas en estructuras diferentes, donde las fuentes del Derecho se ven estrechamente ligadas a las consecuencias que ofrecen también las disímiles concepciones iusfilosóficas, pues es apenas natural que las teorías y decisiones judiciales deben estar acorde a su tradición o cultura jurídica, no por un carácter estático, que para algunos podría reflejar una involución, sino por coherencia.

⁷⁵ El presente Capítulo hace parte de una publicación contenida en la Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal efectuada en la Edición N° 36 de 2010. Gutiérrez Gómez, Giovanni. “*Sistemas Jurídicos y Corrientes Iusfilosóficas que Determinan el Valor de la Fuentes del Derecho*”. Págs. 147 a 165. En la presente investigación se le han hecho algunas modificaciones y extensiones.

Así mismo en este *ítem*, se abordarán las corrientes lus-filosóficas que a lo largo de la historia han pugnado en lo que debe entenderse por Derecho, y que indefectiblemente también identifican un sistema cultural jurídico, que coincide con sus pretensiones teleológicas.

Lo anterior, nos permitirá arribar al aspecto medular de este capítulo, que no es otro que identificar nuestro propio sistema jurídico para luego confrontarlo con el adoptado régimen de responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas, especialmente del Estado colombiano.

1. Sistemas jurídicos occidentales.

Las dos familias jurídicas de occidente.

El common y el civil law.

Para adentrarnos en el terreno objeto de estudio del presente capítulo es necesario conocer las culturas jurídicas y su influencia en la decisión de los problemas jurídicos que nos permitan conocer sus orientaciones y principales características. En efecto las disímiles soluciones que a cada caso particular ofrece uno u otro sistema jurídico no son aleatorias o accidentales, pues obedecen a un plexo axiológico que coordina y concatena sistemática y lógicamente sus premisas con los casos concretos.

Se precisa entonces que ubiquemos, así sea de manera somera, geográfica y temporalmente los orígenes culturales de los sistemas jurídicos occidentales, que han sido los de mayor influencia mundial, sin que por ello se desconozca la existencia de otras familias, como la Islámica o la de los países socialistas, estos últimos que hoy por hoy han perdido relevancia formal en la actualidad, o aún la de sistemas mixtos o híbridos como el japonés o el canadiense⁷⁶.

⁷⁶ Sirvent Gutiérrez Consuelo, “*Sistemas Jurídicos Contemporáneos*” Editorial Porrúa. México, 2006.

1.1. El *common law*.

Esta familia jurídica es oriunda del sistema inglés o anglosajón, el cual se extendió a sus primitivas colonias, como Estados Unidos de América. Esta cultura jurídica se afirma que se originó en la necesidad de impartir la justicia del rey o monarca, posteriormente de los jueces, que brindaba mayor seguridad e imparcialidad frente a los demás miembros del régimen señorial, la cual inicialmente se sustentó atendiendo a la costumbre local de las diferentes tribus, pronunciándose estos que fueron formando un complejo conjunto de precedentes a través de la ley del caso o doctrina del *stare decisis*⁷⁷.

Por lo anterior este sistema se ha definido como consuetudinario, dado que las soluciones a los problemas jurídicos no partieron de una ley formal escrita preexistente (*ius scriptum*), sino que se tomaban a partir de la costumbre o usanza local, regional o tribal (*ius non scriptum*).

Se trata de un sistema que se identifica con un método inductivo, es decir que se originó de un caso o varios casos particulares para conformar una regla general de antecedente o precedente que fuese semejante o igual a los subsiguientes, homogeneidad que permitiría y justificaría su aplicación, que luego llevó a sus jueces a diferenciar entre los elementos de sus providencias una *ratio decidendi* y unos *obiter dictum*, con miras a poder identificar qué aspectos tenían autoridad de precedente y cuáles no, pues no todo lo que se dice en una providencia constituye una regla.

De contera que el sistema jurídico del *common law*, ha dado prelación a la formación del derecho por conducto de precedentes de sentencias o providencias judiciales que concretan de manera implícita las reglas jurídicas, a diferencia de la

⁷⁷ Vélez García, Jorge, “*Los dos sistemas de derecho administrativo*”. Institución Universitaria Sergio Arboleda Santafé de Bogotá D.C. 1996. Págs. 32 y ss.

ley formal o escrita que es explícita, precedentes que se han ido recopilando a través de los anuarios o *year-books* o, *law reporting*. Tal aspecto no significa que en este sistema no existan normas escritas o *statute law*⁷⁸, pues de hecho las hay y cada vez en mayor abundancia, pero son menos relevantes en la cultura de la labor judicial, aunque la verdad sea dicha la tendencia contemporánea ha acrecentado la intervención legislativa en tal cultura.

Empero, al lado del *common law*, el sistema anglosajón desarrolló la *Equity*, inspirado en el Derecho canónico y romano, escrito, sin jurado e inquisitorial, que conformó un conjunto paralelo de precedentes, que se sustentaba en la justicia o equidad y que se aplicaba dónde el formalismo del *common law* resultaba insuficiente para la revisión especial de algunos asuntos, toda vez que, a éste último tan solo se arribaba a través de unas solicitudes de órdenes de comparecencia denominadas *Writes*, que tenían modelos limitados para el efecto, pues acudir a tal justicia no era un Derecho sino un privilegio, quedando asuntos que no estaban comprendidos dentro de la justicia del *common law*.

Estos dos sistemas anglosajones, condujeron en principio a sentencias contradictorias, siendo que llegado el momento de su confrontación, el jurista FRANCIS BACON en el año de 1616, determinó que en estos eventos debería prevalecer la *Equity* sobre el *Common Law*, confrontación que también tuvo lugar bajo el conocimiento del Juez EDWARD COKE, quien por el contrario afirmó la supremacía del derecho sobre el poder real, aspecto sobre el cual algunos estudiosos han visto el origen de la excepción de inconstitucionalidad, o prevalencia del derecho material sobre el formal o, dicho de otra manera para este último jurista debía prevalecer el *common law*, como derecho elaborado por expertos, sobre las decisiones del monarca en desarrollo de la *Equity*, lo cual se explica por el hecho de que a pesar de ser más justa esta última, era más formal y

⁷⁸ James Philip, Ob. Cit.

contradecía el derecho común, situación que ocasionó su remoción del cargo, ganando en consecuencia la partida el sistema de la *Equity*, que en lugar de ser opuesto al *common law*, entró a complementarlo.

De lo anterior se colige que el sistema anglosajón tuvo sus orígenes culturales en una justicia particular y concreta que reconocía el monarca y sobre los cuales podía hacer referencia directa estructurando con el tiempo un régimen de precedentes, llamado doctrina del *stare decisis*, conocido también como derecho de formación pretoriana, el cual se mantiene formalmente, sistema que en la actualidad se ve atemperado por una tendencia legislativa⁷⁹, pues de hecho el juzgador anglosajón resuelve con base en la ley y en ausencia de esta, de los precedentes, que obran en mayor abundancia por su casuística.

De manera que en esta familia jurídica, aunque la jurisprudencia suple por regla general a la ley cuando esta no existe, pues no es tan abundante, ambas son fuentes principales del Derecho dentro del sistema a diferencia, como se verá, de la familia continental o del *civil law*, donde la jurisprudencia suple de manera excepcional a la ley, que sí abunda, siendo la diferencia más de método que de resultado.

1.2. El *civil law*.

Este sistema es de formación romanista, el cual fue extendido por la cultura francesa y acogido por la mayoría de los países continentales europeos y latinoamericanos luego de su emancipación. Esta familia se formó a través del

⁷⁹ En el mismo sentido puede consultarse a Iturralde Sesma, Victoria. “*El Precedente en el Common Law*”, Editorial Civitas 1995. La autora refiere que el statute law ha sido considerado en Inglaterra como una excepción al case law, toda vez que los principios o reglas fundamentales inglesas fueron establecidos primero en los tribunales para incorporarlos al common law, en tanto que la leyes propiamente dichas se refieren a detalles del derecho, lo cual en la actualidad ha variado, pues ahora la ley cuenta con mayor preponderancia, ya que en el texto del statute law se incluyen las reglas del case law en lo que se conoce como acts o consolidation acts.

sistema del *ius scriptum* o derecho escrito que se estructuró mediante su codificación, conocido también por los anglosajones como sistema continental.

Es así como por el sistema de codificación se conocen el *Código de Justiniano*, el *Digesto o Pandecta*, la *Institutas* y la *Novelas* que en su conjunto integran el *Corpus Iuris Civilis*. Así mismo luego de la caída del imperio romano Napoleón encargó expedir el Código que llevó su nombre.

Se trata pues de un sistema formal escrito que debe estructurarse por conducto del poder legislativo que se caracteriza por emplear un método deductivo, partiendo de la norma general previamente establecida que se inspira y fortalece en el principio de legalidad para llegar al caso particular. Desde luego que todo sistema inicialmente surge a partir de lo particular que con el tiempo se extiende a lo general, pero la diferencia entre éste sistema y el anglosajón estriba en la recopilación del derecho como fuente, pues mientras el primero se concentra expresa y directamente en la ley formal escrita, el segundo lo hizo gradualmente consolidándose en los pronunciamientos judiciales a manera de precedente imponiendo reglas tácitas.

El sistema de fuentes, como principal diferencia entre una y otra familia, refleja que su distanciamiento radica en la formalidad que se le da a las mismas para estructurarlas bien a través del órgano legislativo de manera formal y expresa mediante la ley o bien por conducto de los pronunciamientos judiciales que imponen reglas implícitas. Así mientras en el sistema codificado o legislado la principal fuente del derecho es únicamente la ley, que aspira a contener la mayor casuística posible, en la familia del *common law* lo son tanto la ley como la jurisprudencia sin que necesariamente se excluyan entre sí, siendo el precedente judicial de mayor abundancia dado su casuismo original, legislándose por excepción respecto de aspectos muy precisos, sin que en ninguno de los dos

sistemas las fuentes resulten incompatibles, pues su relación es de principal o subsidiaria según corresponda.

Igualmente cabe destacar que la familia del *civil law*, también ha mostrado una tendencia a inclinarse hacia el sistema de precedentes, reconociendo una mayor importancia al mismo, sobre todo en el campo constitucional lo cual refleja un acercamiento de los dos sistemas actuales.

En conclusión, mientras el sistema anglosajón es inductivo, informal, implícito, de casuística jurisprudencial que a su vez es fuente principal del Derecho, el continental es deductivo, formal, explícito, de casuística legal y cuya jurisprudencia no es ya principal sino fuente subsidiaria o auxiliar del Derecho, auxiliaridad a partir de la cual se ha entendido, quizás erróneamente como se verá, que puede aplicarse de manera facultativa o discrecional, y en todo caso de forma excepcional solo ante el vacío o ambigüedad de la ley, siendo que en este último sistema se da de contera mayor protagonismo a la ley a diferencia del anterior.

2. Las escuelas *lusfilosóficas* de occidente.

Este tópico también resulta de especial relevancia, toda vez que, contribuye a identificar las tendencias del pensamiento jurídico en las diferentes familias jurídicas, y permite comprender con mayor lógica la identidad de uno y otro sistema que los hace compatibles y estructurados a su interior.

Estas Escuelas se han ocupado a largo de los siglos de definir qué es el Derecho⁸⁰ o qué debe entenderse por tal, a partir de lo cual derivan consecuencias que influyen notablemente en la resolución de los problemas jurídicos que van desde el rigorismo de obligatoriedad del cumplimiento de la ley hasta su inaplicación o desconocimiento por contrariar valores superiores, abriendo vía a la

⁸⁰ Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla “Filosofía del Derecho”. Comp.

preponderancia de los precedentes judiciales, que disputan la primacía de las fuentes del derecho.

La pugna, entonces entre las escuelas del Derecho, ha oscilado entre el valor de la ley como fuente principal del Derecho frente a los principios generales del Derecho o valores superiores que se consideran inmutables y universales, como la justicia, disputándose cuál de los dos debe prevalecer en caso de controversia.

2.1. La escuela del iusnaturalismo.

Podemos afirmar que es la primera forma de pensamiento universal que surge desde la cultura griega con Aristóteles a la cabeza, según la cual el Derecho es todo aquello que se identifica con el valor supremo de la justicia, siendo que si eventualmente existe alguna ley que la contraríe debe desconocerse su autoridad para imponer el orden moral o ético, respecto de la cual prodiga una inescindible relación con el Derecho.

Por ende dispone esta Escuela que el Derecho se encuentra firmemente vinculado a los principios axiológicos de una sociedad al punto que incluso deben prevalecer sobre las normas formales que derivan su justificación o sustento de aquéllos, existiendo un Derecho natural o universal que prima sobre el formal.

Esta Escuela es de carácter deontológico, pues aspira al deber ser del Derecho a partir de unos principios que considera inmutables o eternos, siendo que la ley debe por tal ostentar una validez material y no formal. Entre esta Escuela encontramos corrientes tradicionales como la Teológica que atribuyen un carácter divino al derecho natural abanderada por Tomás de Aquino; la racionalista, expuesta por los iluministas que estiman que el derecho natural se ubica en la razón humana; y las versiones modernas, como la de Ronald Dworking que conciben el Derecho natural como un fenómeno social.

De tal suerte que esta concepción ius-naturalista, se identifica mejor con un sistema jurídico como el anglosajón, dado que por su empirismo e informalidad desde el punto de vista normativo, que lo hace menos estático, permite con mayor facilidad la incorporación de principios o valores superiores que son reconocidos dentro de la costumbre y luego en el precedente que aspira a contemplarlos, y que en caso de no hacerlo, como se vio, se permite acudir a la *Equity*, toda vez que, en efecto la costumbre se aprecia íntimamente ligada a los principios o valores que son de esencia cultural.

Escuela que así mismo se ha hecho compatible con el sistema constitucional contemporáneo, que al describir un carácter normativo superior que incluye también principios o valores superiores no limitados taxativamente en su texto, permite que por su conducto se incluyan otros tantos que prevalecen sobre normas formales inferiores, y que ha tornado eclécticos los sistemas jurídicos formales, que a pesar de pertenecer a la familia del *civil law* han adoptado la forma de Estados constitucionales.

2.2. La escuela del iuspositivismo.

Contrario sensu, la escuela de positivismo jurídico, se destaca por definir que el derecho es aquél que se ha formado y estructurado de manera formal a través del órgano legislativo correspondiente. Se trata de un derecho ontológico que mira a su validez formal. Desdice pues de la relación inescindible entre moral y derecho y niega la existencia de cualquier derecho natural o universal al que desvirtúa a través del relativismo jurídico y cultural, identificable con el escepticismo ético de Kelsen.

También encuentra unas corrientes que fluctúan entre normativismo y realismo, siendo que del primero de ellos encontramos expositores como Hans Kelsen y Herbert Hart, éste último a quien se conoce como positivista moderado o

neopositivista; y del segundo, que algunos identifican como una tercera Escuela, que ya no mira tanto a la justicia ni a la validez de la ley, sino al aspecto fáctico y de eficacia, que también ubican entre norteamericano y escandinavo.

Este pensamiento filosófico, el positivista, se ha identificado mejor con el sistema del *Civil law*, habida cuenta que siendo la fuente principal del derecho la ley formal y válida, nutrido por el principio de legalidad que emergió de la revolución francesa, es la exegesis su principal estandarte que busca atender al tenor literal de la ley como control y protección sobre el poder del monarca.

Siendo la ley la protagonista del sistema jurídico, se procura contenga el mayor grado de casuística posible, y se restringe al máximo la interpretación o creación del Juez, quien tan solo es *la bouché de la loi* (la boca de la ley).

2.3. El Realismo Jurídico.

Como se advirtió anteriormente, esta corriente del pensamiento jurídico es ubicada por algunos autores dentro del positivismo suave o moderado, o neopositivismo, aunque huelga advertir que esta última se refiere más verdaderamente al aspecto del lenguaje analítico, que trata de descifrar los usos y expresiones lingüísticas, tales como la semiótica jurídica, en tanto que el realismo se asienta en el aspecto fáctico o empírico relativo a la eficacia del derecho en tanto es atendido por sus destinatarios, como logro de un efecto o resultado deseado o perseguido. Eficacia que deriva de ajustarse o corresponder a una realidad o hecho.

Este realismo, se ha dicho que tiene dos vertientes: una norteamericana y otra escandinava. La primera hace énfasis en el aspecto sociológico del derecho con negación del elemento normativo, y la segunda en el aspecto psicológico del mismo en tanto que la norma resulta determinante del comportamiento o

conducta, según se afirma por el autor Julio César Cueto Rúa citado por Dante Cracogna en su escrito “Cossio y La Teoría Ecológica Del Derecho”⁸¹.

En ese sentido cabe incluir dentro de esta corriente lusfilosoficas al autor argentino, Carlos Cossio, quien fundó la teoría ecológica del derecho, que identifica al derecho no con la norma sino con la conducta del ser humano en su relación intersubjetiva como expresión cultural, lo cual lo ubica dentro de esta postura filosófica en cuanto concierne y se identifica como un aspecto sociológico y fáctico.

2.4. Escuelas eclécticas o integradoras.

El trialismo o tridimensionalismo jurídico.

Respecto de estas posturas radicalmente contrapuestas, se han generado ideas intermedias que demandan una comprensión tridimensional o trialista del Derecho⁸², esto es, que se tenga en cuenta del mismo su validez, justicia y eficacia. Tal trialismo, fue referido primeramente por Emilio Lask y Miguel Reale, según Werner Goldschmidt⁸³, éste último quien la desarrolló a profundidad al describir el mundo jurídico, señalando que este se integraba por una conducta, una norma y una justicia, tendencia que por cierto aduce tuvo también por precursor a Rudolph Von Ihering en sus obras “El Espíritu del Derecho Romano” (dimensión normológica), “El Fin del Derecho” (dimensión sociológica) y “La Lucha por el Derecho” (dimensión dikelógica o ética).

⁸¹ Cracogna, Dante. Cossio y la Teoría Ecológica del Derecho. Serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N° 44. Universidad Externado de Colombia. 2006, Pág. 29.

⁸² Plazas Vega Mauricio, “*Teoría del Derecho y Teorías Políticas*”, Editorial Temis S.A. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá. Colombia. 2003. Págs. 80 y ss.

⁸³ Goldschmidt, Werner. Introducción Filosófica al Derecho. Ediciones de Palma Buenos Aires. Cuarta reimpresión. 1987.

Teoría que se presentó en Alemania como una conciliación de posturas filosóficas, en tanto que en Francia surgió como polémica a raíz de la tradición que implicaba el Código Civil con su exégesis que se había alejado con el tiempo de la realidad.

Esta postura integradora, ha sido igualmente referida por otros autores como Norberto Bobbio, quien en su “Teoría General del Derecho”, concibe al derecho como norma de conducta, que es susceptible de tres criterios de valoración: como son: la justicia, la validez y la eficacia⁸⁴.

Así mismo está el iusfilosofo mexicano Eduardo García Máynez, quien la denomina teoría de los tres círculos, cada uno de los cuáles representa una corriente opuesta conforme a estos tres aspectos, y que sin embargo ostentan zonas de intersección entre las mismas, destacándose en su centro el Derecho ideal que participa de las tres características antedichas. Tal teoría concibe un Derecho ideal que reúna los tres aspectos fundamentales del mismo que tratan de manera aislada las anteriores teorías o Escuelas, configurando la norma modelo por excelencia que sea al unísono vigente (positivo), válido (ético) y eficaz o social⁸⁵. En otras palabras que contenga una validez ética o axiológica, formal y material o fáctica.

El garantismo que además se ve actualmente reflejado en la tendencia garantista del derecho propuesta por Luigi Ferrajoli, quien al tratar el paradigma garantista lo descifra en tres distinciones deónticas. *“De la primera se deriva ...la función crítica del derecho vigente en su conjunto, que la filosofía política cumple desde el punto de vista axiológico externo de la justicia. De la segunda ...la función crítica de las leyes vigentes, que las disciplinas jurídicas positivas y la jurisdicción cumplen desde el punto de vista interno de la validez. De la tercera se derivan juicios sobre el grado de observancia e inobservancia de las normas de un ordenamiento*

⁸⁴ Bobbio, Norberto. Teoría General del Derecho. Segunda Edición, Editorial Temis. Bogotá D.C. 2005. Pág. 20.

⁸⁵ Gómez Gallardo, Perla. Ob. Cit. Pág. 85.

*determinado, formulados por la sociología del derecho desde el punto de vista externo de la efectividad*⁸⁶.

Para efectos de este trabajo, se considera que el Derecho como tal incorpora un sistema de reglas de conducta encaminadas a procurar el orden social que permita la convivencia pacífica que a su turno garantice la continuidad de la evolución humana, evitando y dirimiendo los conflictos o enfrentamientos que se puedan suscitar respecto de los diferentes intereses de los sujetos de derecho.

Pero ese Derecho como sistema, cuando regula una situación de conflicto, se basa en la búsqueda de un equilibrio y armonía entre las relaciones jurídicas eventualmente contrapuestas, que se refleja de modo razonable en un punto medio que se ha dado en identificar como justicia, la cual ha alcanzado el grado de valor supremo en dichas relaciones. Y en ese sentido, en lo que podríamos denominar teoría del punto medio, puede identificarse bien a través de los principios, que son innegablemente relativos, según la cultura de cada pueblo, o bien con la ley, cuando ésta lleva intrínsecos tales principio o valores que han sido incorporados en su texto. En tal virtud se ha entendido por justicia, el dar a cada cual lo que le corresponde, según los iusnaturalistas, y conforme a los iuspositivistas, en dar a cada quien lo que le corresponde según la ley.

Apreciamos entonces, que en realidad el concepto de Derecho, no se liga exclusivamente a la noción formalista del mismo, esto es como conjunto de normas o leyes, como tampoco lo hace exclusivamente de la noción axiológica, que aunque sí resulta principal, y por lo mismo se identifica como principios, se encuentran en la idea de punto medio o de equilibrio que se descubre dentro de cada relación jurídica particular, como arte de la armonía relacional.

⁸⁶ Ferrajoli. Luigi. Ob. Cit. Pág. 15.

En síntesis, se aprecia que el Derecho no se define exclusivamente a partir de su forma, como tampoco de su contenido axiológico y fáctico, que son apenas expresiones del mismo, que eventualmente hacen que la balanza se incline, sino que se relaciona con la idea del equilibrio o del punto medio del conflicto de relaciones jurídicas, que es el momento en el que en realidad cobra vida el Derecho, y constituye la esencia que busca descifrar su alcance, siendo ese el verdadero reflejo del símbolo de la balanza, cuyo objetivo no es inclinarse por alguno de sus costados, sino, permanecer en su centro armónicamente, en señal de equilibrio.

Ese punto medio, es el que se ha identificado como el sentimiento natural que ha acompañado a la humanidad a lo largo de su historia, que se ha relacionado con la justicia, y que ha tendido a confundirse en sus formas de expresión cultural, bien a través de la ley, ora a través de los principios que adopta una cultura de manera consuetudinaria, es decir, con las reglas de conducta.

Es evidente pues, que el Derecho, tanto en su concepción formal iuspositivista e iusnaturalista, representa reglas que deben acatar los destinatarios de las mismas, son sus maneras de expresión, no el Derecho mismo, como la pintura que está contenida en un lienzo, que puede estar inspirada en pilares materiales como intelectuales, sin que ello represente el significado de su ser, que se ubica en el resultado de la obra, esto es, el arte.

El Derecho puede expresarse en leyes o en principios, constituyendo en ambos casos reglas en su sentido objetivo, en tanto que la justicia, entendida como el punto medio o de equilibrio de la relación jurídica, es el resultado del Derecho, su realización.

CAPÍTULO III

Planteamiento y Justificación del problema de la teoría de la responsabilidad extracontractual de los entes jurídicos frente al trialismo jurídico.

1. Planteamiento y Justificación del problema.

En los capítulos precedentes se ha hecho referencia a los factores normativos, conceptuales y estructurales de la teoría de la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas, así como a los sistemas jurídicos occidentales y corrientes ius-filosóficas que se supone los inspiran, todo lo cual nos permite tener a esta altura una perspectiva panorámica jurídica: una particular de la teoría de la responsabilidad de los entes jurídicos y otra general de los sistemas jurídicos con los que debe integrarse coherentemente la primera, lo cual nos facilitará plantear ahora y de manera específica el problema que aquieta esta investigación.

En tal virtud, como ha podido quedar insinuado ya en los capítulos anteriores relativos a la descripción de nuestro objeto de estudio, la teoría de la responsabilidad extracontractual de los entes jurídicos se incorporó a nuestro sistema jurídico por vía jurisprudencial acogiendo tendencias foráneas que vieron en tal responsabilidad una forma de objetivización que siempre se ha visto como tendencia mayormente garantizadora de los derechos de las víctimas de daños.

De esta manera ha quedado descrito que normativamente la responsabilidad de los entes jurídicos se implantó, en general, jurisprudencialmente, en tanto que la responsabilidad del Estado, hasta hace poco, se hizo de manera normativa a través de un precepto Constitucional; así mismo se ha definido que la responsabilidad y la personalidad jurídica entraña una capacidad legal que permite la atribución de una consecuencia jurídica y que para predicar responsabilidad extracontractual se requiere, si se trata de responsabilidad subjetiva: de una conducta o culpa, que para la responsabilidad del Estado se ha identificado con la

falla del servicio; un daño o perjuicio, que para las personas jurídicas de derecho público se ha calificado con el adjetivo de antijurídico; y por último un nexo causal entre estas dos últimas. Entre tanto la responsabilidad objetiva excluye de sus elementos el aspecto de culpabilidad o falla del servicio, según el caso.

Así mismo, ha quedado descrito que el sistema jurídico del *civil law*, como sistema legalista por excelencia, se identifica mejor con una ius-filosofía positivista, el cual surgió como modelo de la revolución francesa, sistema que no obstante viene siendo revaluado en la actualidad en aproximación a la familia del *common law* y de un pensamiento ius-naturalista, como ius-realista, que integrados han revelado una versión tridimensional de la ciencia jurídica y del derecho que connota e identifica a su vez una postura garantista, como tendencia contemporánea occidental que integra, en palabras de Luigi Ferrajoli, una validez sociológica, axiológica y formal.

Bajo dicho panorama, cabe confrontar y armonizar la particularidad descrita de la teoría de la responsabilidad extracontractual de los entes jurídicos, de origen decimonónico, de cara a la tendencia integradora contemporánea y general de los sistemas jurídicos a través del trialismo jurídico, identificable con el garantismo como expresión del positivismo ético y realista.

Lo anterior requiere, como preámbulo de la segunda parte de este trabajo, de la identificación del sistema jurídico colombiano frente al trialismo y garantismo jurídico del que se ha hecho alusión, determinando si es compatible o no con ello, hecho lo cual corresponderá en consecuencia plantear como problema de esta investigación, el determinar o establecer si la teoría de la responsabilidad jurídica patrimonial extracontractual de los entes jurídicos, entre ellos el Estado, es eficaz, justa y válida a la luz de la tridimensionalidad del derecho o garantismo jurídico.

Como ha podido quedar evidenciado, la tendencia contemporánea de la globalización ha llevado a identificar posturas normativas o jurídicas cuya rigurosidad local o regional debe ceder a las necesidades de expansión del mercado y otras que por el contrario deben fortalecer su estructura, como acontece con el marco de derechos humanos o fundamentales, que ha dado pie a la doctrina actual por discernir un sistema jurídico que debe identificarse con el garantismo jurídico como expresión ética jurídica.

Tal garantismo jurídico, engloba en palabras de Ferrajoli, una validez sociológica (realista), una validez sustantiva o axiológica (iusnaturalismo) y, una validez formal (positivismo), que enmarca o actualiza justamente la teoría tridimensional del derecho otrora formulada como la realidad del mundo jurídico.

Siendo, como es, que la Constitución Política y su principal intérprete, la Corte Constitucional, ha abogado por un garantismo jurídico a partir de los derechos fundamentales, sin que expresamente se haya identificado el mismo con una teoría trialista, es necesario auscultar la vigencia de dicha doctrina en el ordenamiento nacional y de su compatibilidad o no con la teoría de la responsabilidad jurídica patrimonial extracontractual de los entes jurídicos.

En tal virtud, se abrirá paso a la segunda parte de esta investigación, que se inicia con la identificación del sistema jurídico e iusfilosófico colombiano, tal como fuera advertido al inicio de este trabajo.

SEGUNDA PARTE
EL SISTEMA JURÍDICO E IUSFILOSÓFICO COLOMBIANO
Y RESPONSABILIDAD DE LOS ENTES JURÍDICOS
FRENTE AL TRIALISMO.

Esta segunda parte, tiene por objeto abordar el aspecto explicativo o analítico tendiente a auscultar e identificar el sistema jurídico colombiano y su orientación *iusfilosófica*, lo cual permitirá establecer si la teoría trialista del derecho es compatible con dicho sistema y de ser así exponerlo de cara a la teoría de la responsabilidad jurídica patrimonial extracontractual de los entes jurídicos.

Para el efecto se precisa entonces de un primer capítulo en el que se identifique el sistema jurídico colombiano, acorde a lo descrito en la primera parte de este trabajo, lo cual permitirá colegir también su tendencia *iusfilosófica* que a su turno permita abordar el tema de la responsabilidad extracontractual de los entes jurídicos a la luz de las dimensiones fáctica, naturalista y positivista.

Capítulo I

El sistema jurídico e *iusfilosófico* colombiano.

1. El sistema jurídico colombiano.

Nuestro Estado colombiano, corresponde por tradición e historia a la familia romanista del *Civil Law*, y estuvo legalmente influenciado por el sistema francés de carácter legalista, que consagra acciones como la Casación para garantizar el orden de la ley en las providencias judiciales, legalidad contenida especialmente en el Código Civil de Bello. En tanto que en lo que respecta al orden constitucional que apenas nacía, se inspiró en el sistema norteamericano de origen anglosajón, que constituyó la respuesta política de todas las naciones colonizadas que se habían emancipado para regular su nueva situación.

Sin embargo, debe destacarse que en aquél entonces las Constituciones Políticas, tan solo ostentaban un carácter programático y de buenas intenciones de un determinado conglomerado nacional, careciendo de cualquier fuerza normativa directa, pues para ello se encontraban las diferentes leyes ordinarias, normalmente codificadas que se encargaban de regular todos los aspectos jurídicos particulares o casuísticos y de desarrollar el aspecto programático de la Constitución.

Es así como puede afirmarse, que en gran parte de los ordenamientos jurídicos occidentales, entre ellos el colombiano, se adoptó el sistema de codificación legal, propio del *Civil Law*, siendo que la obra jurídica de mayor trascendencia en tal ámbito fue justamente el Código Civil, cuya función principal era la regulación de los casos particulares, además de ostentar un importantísimo carácter integrador y armonizador que engranaba el sistema jurídico general de una nación, pues se encargaba incluso de regular aspectos propios de la ley, como su vigencia en el tiempo y en el espacio, el estado de los nacionales, etc.

Siendo así que al Código Civil, siempre se le encargó la tarea unificadora⁸⁷, estructuradora y armonizadora del sistema legal interno, como fuente principal en sí misma y supletoria de otras ramas del Derecho, encargada de engranar el ordenamiento jurídico para hacerlo coherente y funcional.

Con dicha estructura jurídica, de supremacía formal constitucional y presunción de constitucionalidad de las leyes, se estableció un sistema de fuentes del Derecho que se encuentra descrito por el artículo 5° de la ley 57 de 1887 y los artículos 4° y siguientes de la ley 153 del mismo año, encontrándose en primer lugar la constitución y en segundo la ley, en ambos casos con valor de fuente principal que prevalecía sobre la jurisprudencia, que operaba excepcionalmente como simple criterio auxiliar.

No empuje lo anterior, con el advenimiento de la Constitución Política de 1991, y la creación de la jurisdicción constitucional en cabeza de una Corte Constitucional independiente, se tiene que además de los tradicionales sistemas de control abstracto y concreto de constitucionalidad de la ley, se abrigó la posibilidad de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos a través de la acción de tutela o acción de amparo como se le conoce en otros ordenamientos foráneos, en aplicación directa de la Constitución que integró tales derechos en su texto expresamente, no requiriendo ya los mismos de desarrollo legal para su protección.

En efecto, la supremacía de la Constitución, que no es nuevo, pues como se vio, existe desde la Constitución de 1886, dejó de entenderse exclusivamente para los aspectos estructurales del Estado y como mera formalidad de los derechos sustanciales que se desarrollaban y definían solo a través de la ley, siendo que su superioridad trascendió materialmente respecto de los derechos sustanciales, hoy

⁸⁷Gutiérrez Sarmiento, Humberto, *“La Unidad del Método Jurídico, Piedra Angular para la restauración de la República Durante el Siglo XXI”*, Editorial Leyer, 2008.

en su mayoría con carácter fundamental, o cuando menos estrechamente ligados a alguno de ellos.

Sin embargo, contrario a lo que algunos han podido pensar, la Constitución de 1991, reiteró expresamente el sistema de fuentes del Derecho tradicional al señalar en su artículo 230 que *“Los jueces en sus providencias solo están atados al imperio de la ley”*, disponiendo que *“La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”*.

Norma que a pesar de ser tan clara, debió ser objeto de hermenéutica por parte del alto Tribunal de constitucionalidad nacional, que bajo el control de constitucionalidad, encontró que dicha tarea hacía que sus propias providencias debieran vincularse tan estrechamente al texto Constitucional, que eran parte del mismo y no podrían ser objeto de desconocimiento, adquiriendo aquéllas providencias ahora la misma fuerza vinculante normativa de la Carta Mayor, consolidando el sistema de precedente constitucional obligatorio, con autoridad de cosa juzgada constitucional.

Y, como si fuera poco, el tema tocó las providencias emanadas de la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales por vía de tutela y de su función de revisión, en la que estableció la doctrina según la cual los estrados judiciales deberían respetar el precedente jurisprudencial emanado de esa alta Corporación, siendo que solo por excepción podría ser desconocido pero en todo caso con la carga argumentativa que ello entraña.

Esta situación que para algunos puede resultar paradójica, pues entronizó un sistema de precedentes jurisprudenciales obligatorio al interior de un sistema legal de fuentes del derecho, donde aquéllos apenas eran un criterio auxiliar y, el legislador es quien hace el derecho y no el juez, encuentra explicación en el

carácter genérico y abstracto de los derechos fundamentales y del control constitucional que requería la existencia de una uniformidad.

En efecto, tal generalidad y abstracción de la norma constitucional que no encuentra a su vez norma superior a ella misma, hace que ésta no sea casuística, a diferencia de la ley tradicional del *Civil Law*, y muchos de sus contenidos o preceptos requieren un desarrollo y alcance por parte del intérprete, que ya no es única y necesariamente el legislador al tener la norma constitucional ahora aplicación directa por parte del Juez.

Es así como el hecho llega más rápido que la ley ordinaria, siendo que los derechos abstractos referidos por la Constitución, que son ahora de aplicación directa, requerían de una definición y determinación de su alcance para cada caso particular, labor que por aspectos prácticos llegó primero al juez constitucional dado su mayor aproximación e inmediatez con la sociedad, en sede de tutela o de control constitucional.

Aspecto este que explica cómo se llegó a un sistema de precedentes constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, siendo que se evidenció la necesidad de la obligatoriedad del precedente que permitiera una uniformidad jurídica de los aspectos que esta jurisdicción definía, lo cual se clarifica también considerando que en el ámbito constitucional la casuística jurisprudencial se convirtió en la regla general como acontece en el sistema anglosajón, creando reglas ante la ausencia de ley descriptiva.

En un sistema legal donde la ley constituye la regla general de regulación, es natural que se conciba la jurisprudencia como un mero criterio auxiliar, toda vez que, esta se produce de manera excepcional frente a la escasa ausencia de la ley, contrario a lo que sucede en un sistema de precedentes, donde la jurisprudencia es la regla general y la ley existe por excepción, haciéndose necesaria la

uniformidad del sistema general a través de la obligatoriedad del precedente que le imprima coherencia al mismo.

Es así como el derecho constitucional, encuentra una justificación práctica de cómo arribó al método de precedentes judiciales. Primero en su labor de control constitucional, que obliga a su precedente por contener decisiones que se integran directamente a la Carta Política, y en segundo lugar en tratándose de los derechos fundamentales, dada su abstracción y generalidad, que requiere de una definición concreta para cada caso particular.

Entonces, se avizora que en el escenario constitucional, el precedente es el resultado de una necesidad práctica, a la cual se arribó casi que por antonomasia. Este fenómeno jurídico nacional, inconscientemente ha conllevado a una mixtura de nuestro ordenamiento jurídico entre la familia tradicional nuestra del *Civil Law* respecto de la ley común u ordinaria y el *common law* anglosajón, del que ya ha importado varias teorías jurídicas, como son la técnica de la diferenciación y de la *ratio decidendi*.

Ello explica, que a nivel constitucional exista un sistema de precedentes; sin embargo, en el restante ordenamiento jurídico tradicional, no parece tan lógica la situación, pues el mismo conserva su estructura y primacía normativa en cuanto a sus casos particulares refiere, pues allí la normatividad continúa siendo casuística fruto de largos años de elaboración legislativa y recopilación de principios que datan aún del derecho romano.

Al respecto, si bien es cierto pudiera configurarse una eventual contradicción entre el sistema normativo y la jurisprudencia generalizada en el argot constitucional, es lo cierto, que debe considerarse la supremacía de este último en aquellos puntos donde coexistan tópicos de derechos fundamentales y de control constitucional, pues las normas inferiores deben ajustarse al ordenamiento superior, no

sucediendo lo mismo en aquellos aspectos que deben ser y son propios de la ley especial que no regula ni puede hacerlo directamente la norma superior dado su carácter de marco general.

De lo expuesto, se colige que la jurisprudencia continúa conservando en nuestro medio su carácter auxiliar frente a la ley, en su doble dimensión, constitucional y legal propiamente dicha, solo que tal carácter auxiliar o subsidiario ya no es discrecional sino obligatorio, es decir, que el precedente debe aplicarse, máxime cuando éste ha tendido a generalizarse en garantía supralegal, punto que expresa la evolución actual de nuestro sistema de fuentes.

En consecuencia no existe en nuestro ordenamiento, una conversión total al *common law*, tan solo una mayor aproximación al mismo, en tanto que la jurisprudencia no ha pasado a ser fuente principal del derecho, sino que continúa siendo auxiliar, pero ahora obligatoria, no facultativa como se entendía anteriormente, ante el vacío o ambigüedad de la ley ordinaria o contradicción de la norma superior, que debe suplirse necesariamente por el precedente.

Es este pues el escenario en que se encuentra nuestro sistema actual de fuentes del Derecho, que para la jurisdicción diferente a la constitucional encuentra ahora como espacio para la aplicación de precedentes, además del vacío y la ambigüedad legal tradicionales, aquellos casos donde se encuentren pronunciamientos sobre derechos fundamentales y de control constitucional.

De contera que paradigmáticamente lo que no se logró por vía legal, la obligatoriedad del criterio auxiliar de jurisprudencia, que se había intentado desde los Decretos 2067 de 1991 y 2591 del mismo año, arts. 23 y 36, respectivamente,

declarados inexecutable por la Corte Constitucional⁸⁸, se logró por vía jurisprudencial de esa misma Corporación luego de varios vaivenes con la noción de efectos *inter pares*.

1.1. Valor del precedente actual en la jurisdicción común.

Como ya quedó insinuado *ut supra*, el valor del precedente, que no es otro que la misma jurisprudencia, constituye un criterio auxiliar de las fuentes del derecho, solo que hoy por hoy, dicho criterio es obligatorio en aras de la armonía, siendo que la auxiliaridad no se predica sobre la facultad de poder aplicarlo al arbitrio del intérprete, sino del deber de aplicarlos en aquéllos casos excepcionales en que existe un vacío, una ambigüedad de la ley o en aquellos eventos que la ley resulta violatoria de mandatos superiores o de derechos humanos.

Para algunos, este aspecto podría resultar contradictorio, dado que estiman que lo auxiliar no puede ser obligatorio, pero olvidan que lo auxiliar no solo se predica de la facultad discrecional de aplicar un criterio jurisprudencial, como se entendía tradicionalmente, sino también del hecho en que emerge de manera supletoria o subsidiaria de la ley un precedente, aspecto este último que en nada se reciente con la noción de criterio auxiliar obligatorio, esto es, que a falta de ley o claridad de la misma, debe aplicarse el precedente existente, máxime si con ello se garantiza el derecho de igualdad, y más aún se preserva una estructura homogénea de aquél cuando tiende a generalizarse o volverse común antes que la ley misma.

En lo que toca a los casos eufemísticamente denominados de disanalogía o técnica de las distinciones, que no es más que la diferencia razonable entre un caso y otro, *prima facie* iguales, no encuentra mayor dificultad en la medida, y esto

⁸⁸ Colombia, Corte Constitucional, Sentencias: C-113 del 25 de marzo 1993, expediente D-096, M.P. Jorge Arango Mejía; C-131 de abril 1° de 1993, expediente D-182, M.P. Alejandro Martínez Caballero; y C-083 del 1° de marzo de 1995, expediente D-665, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

no es solo de una jurisdicción especial, que siempre que exista diferencia entre un hecho de un precedente y un caso nuevo, no habrá lugar a la aplicación de la jurisprudencia anterior, como parece apenas lógico y natural, luego entonces porqué abordar este tema como una forma de técnica especial para discernir lo que no encuadra dentro del sistema de precedentes.

Es tanto como no aplicar la ley análoga, simplemente porque el supuesto de hecho no coincide con su enunciado, que es lo lógico, y llamarlo por ello sofisticadamente también disanalogía legal. No hay nada oculto debajo de las piedras, porqué hacer parecer como nuevo lo que no lo es, cuando se trata de una simple variación que resulta mayormente adecuada a la tendencia constitucional y al aumento en la productividad judicial ante la complejidad social y el modelo de Estado.

Son tópicos que, en nuestro ordenamiento jurídico ya existían, tan solo que han sido abordados nuevamente en consideración a la proliferación de la jurisprudencia constitucional, que como vimos encuentra su justificación práctica en la aplicación directa de normas de contenido muy general, y que ha demandado pragmáticamente soluciones semejantes a la doctrina del *stare decisis*, que se explica porque allí opera el precedente como regla general y no excepcional, como sí acontece en los sistemas codificados, donde la regla general es la ley escrita y no la jurisprudencia, aspecto que ha llevado a dificultades ininteligibles por parte de sus estudiosos, al punto que incluso los operadores jurídicos equívocamente han visto en ello un poder de creación jurídica más allá de lo tradicional, cuyo límite se descubre tan solo ante el vacío y/o ambigüedad legal, o en tratándose de derechos fundamentales y constitucionales por aplicación directa, debiendo eso sí respetar el precedente si lo hay.

De manera que el poder de creación judicial en nuestro sistema, no es absoluto, pues se evidencia que está limitado por las cuatro hipótesis expuestas, con lo cual

el sistema se hace funcional, lógico y coherente, pese a lo cual, se observa con preocupación, que algunas jurisdicciones, en especial la Contenciosa Administrativa, presenta una fuerte tendencia por “crear” Derecho a pesar de la claridad evidente de la ley que regula un caso concreto, máxime cuando esta es supletoria de dicha especialidad, como son las normas del derecho privado, y en especial del Código Civil, so pretexto de principios superiores, con lo cual a su vez se deja una sensación de atentar contra uno de sus principales postulados como lo es el principio de legalidad que tanto pregona, y aún del tipo penal cuyo *nomen juris* correspondería al prevaricato, haciendo que el sistema parezca desarticulado y paradójicamente inexplicable, ocurriendo otro tanto en lo que respecta al valor del precedente, aún más débil que el carácter imperativo de la ley, lo que ha desembocado en desconocimientos flagrantes de aquel.

Empero, según se colige, a dicha confusión se ha llegado con ocasión de observar el fenómeno de constitucionalización como algo supremamente novedoso, revolucionario y hasta extraño a nuestro sistema, que en lugar de engranar y armonizar con el existente, procedió a romper a ultranza todos los paradigmas vigentes, incluso el de la coherencia, lo cual es fruto de la inusitada y excesiva aproximación del objeto de estudio, que al igual que sucede con el observador que aproxima más de lo debido su objeto de observación, pierde la dimensión adecuada del mismo, resultándole imposible apreciarlo realmente.

Es claro, que ante normas que por su naturaleza, resultan sumamente genéricas, como las constitucionales, en su desarrollo caben todo tipo de subjetividades, circunstancia que por lo mismo debe hacer que operen normas o principios al respecto como los límites referidos anteriormente, que lo hagan objetivo e invariable en pro de la seguridad jurídica.

De lo dicho, se aprecia que se ha sobredimensionado la constitucionalización del Derecho, al punto que las normas especiales, que no tienen por objeto tales

aspectos, se han visto modificadas y hasta desnaturalizadas, dando al lastre incluso con el principio de prelación de la norma especial sobre la general, que por muy fundamental que pueda ser ésta última, no llega a poder contemplar aspectos en rigor particulares que sí ha previsto la norma especial, que se ha visto desplazada para ser sustituida por una hermenéutica subjetiva, que se supone tan solo se requeriría ante el vacío, ambigüedad legal o vulneración de principios o derechos superiores.

Un sistema parte de una estructura, que se supone es fuerte como para sustentarlo, con sus piezas debidamente unidas en torno a ello, y si alguna de las mismas presenta fisuras o tendencias opuestas a tal unidad, es muy factible que se debilite y tienda a su derrumbamiento, estructura legal que en el ordenamiento jurídico colombiano, estuvo cimentada en el Código Civil, y que en lugar de haber sido fortalecida por los intérpretes de la nueva Constitución, ha sido debilitada con una herramienta jurídica que a pesar de ser superior, ostenta grandes vacíos en torno a aspectos distintos de los que le son propios, que la ley ordinaria sí reglamenta y que por lo mismo no deberían ser objeto de tal hermenéutica, salvo las excepciones ya referidas.

Huelga advertir, que nuestro sistema jurídico actual, se ve enfrentado a unos constantes vaivenes que restan estabilidad al mismo, con leyes muchas veces inconsultas que permiten abrir aún más la oportunidad de intervención del intérprete judicial, que por más que se quiera, difícil le resulta escapar de la subjetividad propia de la naturaleza humana, siendo que no en vano se observan con cada vez mayor frecuencia la precoz pérdida de vigencia de las normas, bien por su derogatoria directa, o bien porque resultan inconstitucionales, lo que refleja su improvisación o ligereza, lo que da cuenta de su exigua permanencia en el tiempo que le impide forjarse como institución, contrario al sistema del *Common law*, que tiene reglas jurisprudenciales que datan incluso del año 1600, y que por lo mismo se conocen como reglas de oro dada su permanencia y vigencia.

Por otra parte, el problema que también se observa de aquel que emerge de la “entronización” de un sistema de precedentes, es la dificultad de compendiar y estudiar adecuadamente los mismos a lo largo de la historia, lo cual se hace mucho más voluminoso que la propia ley, de por sí abundante y desestructurada en nuestros días, con lo cual los estudiosos del Derecho enfrentan la titánica labor de tratar de descifrar la intención del legislador en voluminosos textos y confrontarlos con los mayormente complejos y no menos extensos criterios jurisprudenciales.

Es decir, que ahora además de tener que investigar el Derecho en los Códigos, reemplazados cada vez más por leyes autónomas para cada tema con clara apariencia actual desvertebrada, debe acudir a una especie de anuarios o *year-books*, en el que ya se especializan algunas librerías, lo cual lejos de significar eufemísticamente una evolución en la resolución de la problemática jurídica nacional, trae consigo enormes inconvenientes, pues esta última tendencia es hace mucho tiempo un gran dilema para los estados de la tradición del *common law*, quienes se ven enfrentados a un estudio del derecho casuístico y por ende fragmentado que da la impresión de carecer de estructura⁸⁹.

El derecho romano, como tal es y fue mucho más robusto y desarrollado, al punto que muchas de sus instituciones aún se mantienen, dado su carácter práctico, lógico y de sentido común que permite desarrollar el libre albedrío del individuo limitado bajo la noción de responsabilidad. Quizás se debe atender a una ciencia jurídica más sencilla⁹⁰ y práctica, pues teleológicamente el derecho está orientado

⁸⁹ Cueto Rúa Julio César, “*El Common Law, Su Estructura Normativa, Su Enseñanza*”, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1997. El autor refiere como desventajas del estudio del case method o método casuístico, el hecho que es muy pobre como medio de transmisión de conocimiento sobre la estructura normativa, ya que “El estudiante se siente “en el aire”, pues aunque aprende a razonar, a conocer los hechos y distinguir sus diversos elementos, no logra un adecuado conocimiento de las normas jurídicas que lo integran... El debido conocimiento del ordenamiento jurídico como un todo, y de las normas adecuada a cada tipo de situación..., queda librado a la habilidad y a la empresa de cada uno de los estudiantes...”.

⁹⁰ Jack Trout. *El Poder de lo Simple, una Guía Empresarial para Eliminar lo Absurdo y ser más Racional*. Edición internacional Raúl Peralba y Raúl G. del Río, autor que entre otras cosas señala que la mejor forma de

a solucionar conflictos y no a agravarlos o a añadir nuevos que las más de las veces no tienen que ver en absoluto con la cuestión de fondo que instan los ciudadanos.

Se extrae de lo anterior, que se ha dado una relevancia exacerbada a unos fenómenos jurídicos, como lo es la supremacía constitucional y la obligatoriedad del precedente, que lejos de ser nuevos, ya se contemplaban en nuestro ordenamiento desde el siglo antepasado, y tan solo bastaba recordarlos y dimensionarlos acorde a nuestra tradición jurídica del *civil law*, sin desbordar los límites que se requieren para ello, en especial en tratándose de la hermenéutica jurídica, cuyos lindes se aprecian, se repite, en el vacío o ambigüedad legislativa y en los aspectos propios del derecho constitucional y de los derechos fundamentales.

Colígese de lo expuesto que el sistema de fuentes del derecho colombiano corresponde *ab initio*, a un sistema codificado propio del *civil law*, pero con clara tendencia actual constitucional al sistema de precedentes del *common law*, el cual ha hecho que con el constitucionalismo se integre las corrientes filosóficas pertenecientes al iusfilosofía jurídica, propias de nuestras mixturas culturales, toda vez que, en sus distintas disposiciones pugna por su aspecto axiológico, formal y real o efectivo, como paradigma garantista normativo, acogiendo lo que en la actualidad se denomina constitucionalismo ético.

En efecto, son varios los artículos que hacen referencia a la justicia, la estructuración del Estado junto con la labor legislativa y a la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, estos es, de lo material sobre lo aparente. Es

combatir la complejidad es siendo simple, quien citando a John Sculley afirma que “Todo lo que hemos aprendido en la era industrial se ha orientado a crear más y más complicaciones. Pienso que ahora, cada vez más personas están entendiendo que es necesario simplificar, no complicar. La simplicidad es la máxima sofisticación”. Aspecto que nos recuerda la elemental máxima de secundaria y aún de grados inferiores, según la cual a mayor comprensión menor extensión, que infortunadamente muchos alejan de su vida.

así como la labor jurisprudencial, establecido como criterio auxiliar obligatorio, al llenar los vacíos, ambigüedades y corregir (pretensión de corrección en términos de Alexy) las vulneraciones de mandatos o principios superiores, permite que se opere y engrane una principialística, una realidad y un formalismo.

Es decir, que la expresión general de regla, pasa por dos etapas: una de carácter espontáneo que se rige por la determinación de un valor y una realidad que corresponde a la fase creativa del derecho, normativa propiamente dicha, normalmente en cabeza del legislador y en subsidio del intérprete judicial, jurisprudencial, que se identifica con la noción de los casos difíciles de que trata Ronald Dworkin⁹¹. Luego dicho carácter espontáneo surge también en aquéllos casos de vacío o laguna, ambigüedad o contradicción de valores superiores; y otra etapa de aplicación o subsunción de la experiencia anterior que ha sido ya configurada, en el que cabe hablar de ley y precedente jurisprudencial, identificable por el contrario con los casos fáciles en términos Dworkinianos, pues el problema jurídico ya ha sido resuelto previamente.

2. Tendencias *lusfilosóficas* del sistema jurídico colombiano.

Evidenciado en la forma anterior el sistema jurídico colombiano, que se ha caracterizado por una mixtura inconsciente de sus instituciones, lo que aparentemente lo hiciera lucir anárquico o contradictorio para quien se presenta desprevenido de un sistema tridimensional, pues a partir de la Constitución de 1991 ha oscilado, tras su noción de nuevo derecho, entre los dos sistemas jurídicos occidentales y sus corrientes *lusfilosóficas*, según el influjo o preferencia del intérprete constitucional de turno, ya que su sistema del *civil law* ha adoptado una clara tendencia constitucional al sistema de precedentes del *common law*, en

⁹¹ Dworkin, Ronald. Referido por César Rodríguez en La Decisión Judicial. El Debate Hart – Dworkin. Nuevo Pensamiento Jurídico. Siglo del hombre Editores. Universidad de los Andes. 1997. “...*un caso es difícil cuando los hechos y las normas relevantes permiten, por lo menos a primera vista, más de una solución*” Pág. 68.

tanto que ello lo ha llevado a diferentes posturas filosóficas que le han hecho añadir a su tradicional validez normativa formal, la prevalencia de valores o principios superiores frente al influjo material de eficacia de sus instituciones.

Más aún se aprecia que fue el propio constituyente quien incluyó de forma dispar o diversa en varios artículos el valor *iusnatural* relativo a la justicia, el realismo referente a la prevalencia de lo sustancial o material sobre lo formal y el positivismo propio de una validez formal. Así cuando en el preámbulo se indica que el pueblo de Colombia sancionó la Constitución Política “...con el fin de fortalecer...” “...la justicia...”, entre otros “...que garantice un orden político, económico y social justo...”.

Igualmente, los artículos 2º, 6º, 48, 53, 133, 150, 209, 228, 230, 267, 268 y 370, referentes en su orden a los fines esenciales del Estado, la responsabilidad de los particulares y servidores públicos frente a la Constitución y la ley, eficiencia en materia de seguridad social, prevalencia de la realidad sobre la forma en materia laboral, rama legislativa que debe actuar consultando la justicia y el bien común, forma de expedir la leyes para su validez, la función administrativa que debe caracterizarse por la eficacia y celeridad, la función diligente de la rama judicial en la que debe prevalecer el derecho sustancial, la sujeción de los jueces al imperio de la ley pudiendo acudir a criterios auxiliares, como la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, la función que ejerce la Contraloría General de la República, cuya vigilancia se caracteriza en la eficiencia, economía y equidad, etc. Normas que en conjunto atienden a los criterios de justicia, validez y eficacia, propio de la teoría del trialismo jurídico.

Ya en su desarrollo jurisprudencial, la Corte Constitucional ha hecho igualmente de manera diversa pronunciamientos relativos a criterios éticos o axiológicos por conducto de los derechos humanos o fundamentales y del derecho internacional

humanitario, aplicable en conflictos armados, refiriendo la doctrina del *ius cogens*⁹² de raigambre iusnaturalista que atiende a su imperatividad reconocida a través de la Convención de Viena o Derecho de los Tratados.

“Las normas de ius cogens, o normas imperativas de derecho internacional, son reglas que por su naturaleza fundamental, tienen una especial jerarquía dentro del conjunto de las normas de derecho internacional, y por lo mismo no pueden ser desconocidas por los Estados, limitando así su libertad para celebrar tratados y realizar actuaciones unilaterales. Según su definición generalmente aceptada en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados entre Estados, las normas de ius cogens son aquellas que son aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados como un todo en tanto normas perentorias o imperativas respecto de las que no se permiten derogaciones; en consecuencia, solamente podrían llegar a ser modificadas por normas subsiguientes de derecho internacional consuetudinario con el mismo rango perentorio”.

“Los criterios para el reconocimiento de una norma de derecho internacional como una norma de ius cogens son estrictos. De conformidad con el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, dichas normas no solamente deben cumplir con las condiciones para ser reconocidas en primer lugar como normas de derecho internacional, sino también con los requisitos adicionales para ser reconocidas como normas de carácter imperativo o perentorio por parte de la comunidad internacional como un todo –proceso denominado de “doble reconocimiento”-. Estos requisitos exigen el consenso de la mayoría casi unánime de los Estados, independientemente de sus diferencias culturales e ideológicas, respecto de su carácter perentorio. Pocas normas han recibido hasta el presente reconocimiento unánime como normas de ius cogens. Es el caso de la prohibición del genocidio, la prohibición de la esclavitud, la prohibición del apartheid, la prohibición de los

⁹² La doctrina del *ius cogens* ha formado parte de la incorporación de normas supraconstitucionales armonizadas con el artículo 4º de la C.P. a través del concepto de *bloque de constitucionalidad*.

crímenes de lesa humanidad, la prohibición de la tortura y de los tratos crueles, inhumanos o degradantes, la prohibición de la piratería, la prohibición de la agresión y el derecho a la libre determinación de los pueblos”.

“Los efectos jurídicos de las normas de ius cogens, a nivel internacional, son múltiples. Así, en caso de conflicto entre obligaciones internacionales, una de las cuales surge de una norma imperativa de derecho internacional, la norma imperativa debe prevalecer. De conformidad con el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados entre Estados, un tratado que entre en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional es nulo; a la vez, de conformidad con el artículo 64 de la misma convención, los tratados que entren en conflicto con normas de ius cogens posteriores a su celebración, son igualmente nulos. Igualmente, los procesos de interpretación y aplicación de las obligaciones internacionales de los Estados se deben llevar a cabo de conformidad con las normas de ius cogens. Por otra parte, los Estados no pueden dispensar a otros Estados de su obligación de cumplir con normas de ius cogens. Por ejemplo, un Estado no puede permitir voluntariamente que otro deje de cumplir sus obligaciones cometiendo genocidio o tortura. En el ámbito de la responsabilidad internacional, el artículo 26 del Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas de 2001 dispone que no se admitirá la invocación de causales de exclusión de responsabilidad internacional cuando el hecho ilícito correspondiente surja del desconocimiento de normas imperativas o de ius cogens. En otras palabras, las circunstancias que excluyen la responsabilidad internacional –tales como el estado de necesidad o la fuerza mayor- no autorizan, excusan ni justifican la violación de una norma de ius cogens; así, un Estado que adopta una contramedida no puede incumplir una norma imperativa de derecho internacional –por ejemplo, la comisión de un genocidio no puede justificar la comisión de otro genocidio en respuesta”.

“Por último, es relevante tener en cuenta que una importante indicación sobre la naturaleza imperativa o de ius cogens de una determinada norma de derecho

internacional, está provista por el hecho de que esa norma consagre garantías de derechos humanos que no son derogables durante los estados de emergencia. Así lo ha explicado el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su Observación General No. 29, al explicar: “el hecho de que en el párrafo 2 del artículo 4º [del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos] se declare que la aplicación de ciertas disposiciones del Pacto no puede suspenderse debe considerarse en parte como el reconocimiento del carácter de norma imperativa de ciertos derechos fundamentales garantizados por el Pacto en la forma de un tratado (por ejemplo, los artículos 6º y 7º).” Como se verá, varias de las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario reflejan directamente garantías no derogables del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que por lo mismo confirman la naturaleza de ius cogens de aquéllas”⁹³.

Es justamente la naturaleza de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario el que ha impregnado la doctrina del constitucionalismo ético que desarrolla en alto grado de universalidad el tema de la axiología jurídica, entre ellas la justicia que se vierte a través de todos estos derechos de rango esencial.

En cuanto al realismo jurídico que algunos autores no han percibido dentro del sistema nacional, es lo cierto que no solo la Constitución ha identificado parte de su teleología a la eficacia de sus instituciones, sino que además su máxima intérprete, la Corte Constitucional, ha hecho referencia en diversidad de pronunciamientos al mismo a través del principio de eficacia, que dicho sea de paso, se aprecia de suma importancia en lo que respecta especialmente al derecho procesal en cuanto a atañe a la realización efectiva del derecho sustancial.

⁹³ Colombia. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-291 de 2007. M.P. Cepeda Espinoza Manuel José.

De tal suerte la Corte Constitucional ha predicado el principio de eficacia en la función administrativa (v. gr. Sent. C-282 de 1997), en los derechos fundamentales (Sentencia T-495 de 1998), en la seguridad social (Sent.-338 de 2005), en el texto a interpretar y de la eficacia jurídica, etc.

“En este sentido, es importante aclarar que la informalidad y la celeridad del trámite de la acción de tutela, no significan una relajación absoluta de los deberes del juez en materia probatoria, ni mucho menos una interpretación de su función bajo parámetros típicamente dispositivos. El juez del Estado Social de Derecho está especialmente vinculado por el mandato del principio de eficacia, predicado en primer lugar, de los derechos fundamentales (art. 2 CN), y de manera especial, de los mecanismos para su protección (art. 2 de la CN y art. 3 del Decreto 2591 de 1991), como en el caso de la acción de tutela”.

“Este doble mandato, básico en el Estado Social de Derecho, implica que la función del Juez de tutela incorpora el despliegue de la actividad probatoria necesaria con el fin de establecer la veracidad de los hechos, y en caso de una insuficiencia en este punto, la obligación de atender los criterios supletivos del ordenamiento jurídico (como la presunción de veracidad), que precisamente están concebidos para realizar los contenidos del mandato de eficacia: la protección efectiva de los derechos fundamentales”.

(...)

“La importancia del principio de eficacia es que, mediante la exigencia de conductas activas del juez a partir de su posición de garante institucional, se pretende lograr la protección real de los derechos fundamentales de las personas. En el presente asunto, la no observancia de la conducta debida ha significado que el ciudadano Ocampo, quien sufre de diabetes, no haya recibido oportunamente la

*insulina NPH, medicamento indispensable para un tratamiento seguro de la enfermedad que padece*⁹⁴.

En cuanto al positivismo de nuestro sistema, resulta más fácilmente identificable en nuestro ordenamiento, que se aprecia de su tradición jurídica y de su casuismo legislativo, disparado por cierto en nuestros días que generan también gran variedad de pronunciamientos del órgano constitucional y de sus precedentes con fuerza *erga omnes*.

Como se colige entonces, el sistema jurídico colombiano, adoptó, sin pensarlo, un régimen tridimensional del derecho que se identifica casualmente con la clara tendencia mundial del garantismo jurídico producto, sin querer, de la mixtura de su sistema y filosofía, sobre el cual es menester tener consciencia en aras de no deslucirlo como incongruente o contradictorio, pues por el contrario la misión jurídica de nuestros intérpretes debe ser armonizar lo que está separado. Siendo este pues el sustento constitucional del sistema jurídico colombiano, todas sus instituciones y normatividad vigente han de acompasarse al mismo, y con él, el objeto de esta investigación, que no es otro que el de la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas y del Estado.

Si del sistema jurídico nacional es posible predicar la existencia de un sistema trialista de derecho como ha quedado dicho, necesario también resulta auscultar si el tópico específico de la responsabilidad extracontractual de los entes jurídicos y del Estado se aviene congruente a tal sistema acorde al fenómeno de la “constitucionalización” del derecho.

⁹⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-299 de 2004. M.P. Montealegre Lynet, Eduardo.

Capítulo II.

Dimensiones De La Responsabilidad Extracontractual De Las Personas Jurídicas Y Del Estado.

Luego de haber descrito e identificado nuestro sistema jurídico frente al trialismo jurídico, que indefectiblemente trasciende a nuestro sistema de fuentes que a su turno impregna y desarrolla las diferentes instituciones jurídicas, entre ellas, y de manera principal, las fuentes de las obligaciones como lo es la responsabilidad extracontractual, es menester pasar seguidamente a auscultar nuestro tema de investigación.

Es de acotar previamente, que correspondiendo nuestra norma superior a un eclecticismo jurídico en la forma antes descrita, es a penas imperativo que la normatividad de inferior jerarquía, entre ellas la administrativa, deba ajustarse a tales parámetros que aquí identificamos con el trialismo jurídico que se predica de una teoría general del derecho y no de ramas especiales, que en todo caso no pueden resultar autónomas, como equívocamente entienden algunos, sin afectar la coherencia y engranaje sistemático.

1. Dimensión fáctica o realista de la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas y del Estado.

Liminarmente a este capítulo, ha de indicarse que la descripción efectuada en los capítulos anteriores refiere un orden o método deductivo, pues parte de las premisas generales que ofrecen los axiomas y los va aterrizando a las especialidades normativas para finalmente arribar a las fácticas en donde encuentran aplicación las dos primeras. Empero, para este capítulo se requiere que se emplee el método inverso, es decir, el inductivo, pues los axiomas y las normas se forman luego de verificarse un hecho. Así entonces, se partirá del estudio realista que comprende las necesidades a satisfacer: regular las

relaciones intersubjetivas; las que primero son objeto de la reflexión y ponderación humana que se eleva a valores; y que luego, como medio de satisfacción, perfecciona en el aspecto positivo o normativo formal, en cuya elaboración estática, no culmina el derecho, sino que continúa cíclicamente su formación como se describió ya y, en donde encuentra su dinámica.

1.1. Breve referencia histórica de la personalidad jurídica y de su responsabilidad.

Esta dimensionalidad del derecho, permite abordarlo inicialmente desde su aspecto histórico que da cuenta de los hechos que dieron origen a la personalidad jurídica y a su responsabilidad, tanto en derecho público como privado. En tal virtud se efectuará una remembranza respecto de estos dos conceptos.

1.1.1. Referencia histórica de la personalidad jurídica.

La personalidad es la piedra angular en toda teoría jurídica, en la medida que representa propiamente al destinatario, titular o protagonista de la teoría de los derechos subjetivos. En efecto, el derecho encuentra su razón de ser o instrumentalidad en la medida que existe un sujeto de quien se predica, es el sujeto de derecho a partir de quien tal concepto abstracto encuentra dimensionalidad por activa o por pasiva que nos permite afirmar una prerrogativa o potestad que impone un señorío como poder en las cosas, *ius in re*, propio de los derechos reales, o a las cosas, *ius ad rem*, propio del derecho de obligaciones, como también identifica vínculos y/o situaciones respecto de los demás sujetos de derecho.

Esa teoría de los derechos subjetivos, que involucra una potestad del individuo con respecto a su actuar que aparece determinado por la voluntad que es propia del ser humano, o del libre albedrío conforme ha venido conquistando, le ha

permitido crear conceptos que identificaron su proceder con reglas naturales que primeramente relacionó con creencias religiosas o supersticiosas⁹⁵ acorde al medio salvaje e inexplicable que le ofrecía su contorno, para posteriormente identificarlas a través del desarrollo de su conciencia con medios de poder que imponía algún líder.

Dichas reglas de conducta que se fueron forjando de manera espontánea a partir de la simple observación del medio ambiente, fueron evolucionando a medida que el hombre fue tomando conciencia de su relación con los de su misma especie, en las que predominaban relaciones de sujeción e imposición del más fuerte sobre el más débil, y a medida que crecía un grupo, tribu o clan, tales relaciones resultaban más y más complejas, creando individuos jefes y subordinados, y entre estos iguales o inferiores, siendo que entre los primeros fue con quienes se pudieron entablar relaciones propiamente normadas con tinte de prerrogativas o potestades para imponer su actuar sobre sus inferiores o para armonizarlo frente a sus iguales.

Ésta clase homogénea que impuso su predominio sobre los demás, podemos afirmar fue la primera que se consolidó como sujetos de derecho, la cual se identificó con la noción clásica de persona, los demás, como los esclavos eran simples cosas sin potestad jurídica alguna.

Evidentemente el derecho estaba íntimamente ligado a una potestad, a un privilegio que solo ostentaban quienes lo habían impuesto de hecho, destacando sus linajes por su ferocidad y victorias en sus enfrentamientos con otros grupos humanos, imponiéndose así estructuras con carácter jurídico primitivo, que al igual que toda relación impone un sujeto que disfruta a su libre voluntad de sus conquistas.

⁹⁵ De Coulanges Fustel, “La Ciudad Antigua”, Editorial Panamericana, Bogotá, Colombia. 1990.

Dentro de tales pueblos primitivos se destaca el romano, donde encontramos por primera vez la noción de persona, como sujeto de derecho, la cual encuentra su origen, según se ha dicho, en la máscara que usaban los personajes del teatro griego para escenificar sus personajes, la que además permitía elevar el tono de voz de quien hablaba. El referido concepto de persona se vinculaba estrechamente al individuo de la especie humana.

Es decir, que el concepto de persona en el ámbito del derecho, intentó dimensionar al individuo libre y con poder respecto de las relaciones con sus semejantes desde el punto de vista jurídico, esto es, el sujeto sobre quien recae el predicado normativo. De manera que el concepto de persona estuvo ligado necesariamente al ser humano que con su capacidad había logrado imponer su señorío sobre otros y compartirlo con sus congéneres o *gens*.

En lo que toca a la noción de persona jurídica, según enseña la doctrina⁹⁶, el derecho romano no conoció originalmente tal instituto en su sentido actual, menos a partir de congregaciones o asociación de personas, pues el *ius privatum* se agotaba en los individuos como *ius singulorum*. No obstante, la unión popular de una sociedad o *populus* se regía por un *ius publicum* que investía de subjetividad publicística al Estado haciéndolo *sui generis* frente a los sujetos de derecho, pues estaba por encima y fuera de la esfera del derecho privado y sus actos se identificaban como *leges contractus*, habida cuenta del poder que deriva del *imperium* que entraña de plano una capacidad jurídica, por demás excepcional.

Las colectividades o *universitas*, estaban realmente relacionadas por unidades publicísticas, como era el caso de los *municipia*, conformadas por provincias que caían bajo el imperio romano anulando su existencia política, a las que sin embargo se les permitía involucrarse con la sociedad participando en el derecho privado, y sobre las cuales se predicaba el aforismo según el cual “*si se debe algo*

⁹⁶ Ferrara Francesco, Ob. Cit. Pág. 3 y ss.

a una corporación, no se debe a cada uno de sus miembros, ni lo que se debe a la corporación lo debe cada uno de ellos”⁹⁷. La *universitas*, era entendida como una unidad intelectual, como un *corpus incertum*, “...incapaz de querer y de obrar”. Pero, “...capaz de derechos patrimoniales.”, en los que los créditos no eran de los miembros sino de la unidad, según el principio referido y cuyo latinaje se expresaba: “*Si quid universati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent*”.

Por lo demás, eventualmente existían agremiaciones particulares, como *collegia illicita*, que cuando resultaban inocuas eran toleradas por el poder público, caso en el que las personas físicas mancomunadas ostentaban como *societas un arcam communem*, lo que hacía que se obligaran de manera directa, solidaria e ilimitada frente al poder público que se lo permitía.

Un poco más adelante de la historia, se ha señalado que fue en la edad media donde el derecho canónico por primera vez acuñó el término de persona a las corporaciones, llamándolas *persona universitatis*, *persona collegi*, *ficta o repraesentata*, y aún con los glosadores *invisibilis*, siendo que con Inocencio IV se empleó la expresión *corpus mysticum*, que dio origen al término de persona moral, adoptado legislativamente de manera primigenia por el Código prusiano⁹⁸, lo cual nos da una idea del carácter imaginario o espiritual de tal institución por oposición a la persona física.

Esta expresión de personalidad ficta, se dice⁹⁹, surgió en el Medioevo con los canonistas para evitar la injusticia que representaba la condena de un pueblo o ciudad entera que se extendía a inocentes, coligiendo entonces que éstas colectividades no podían pecar, pues esto era obra propia del ser humano,

⁹⁷ Suárez Franco Roberto. Teoría General de las Personas Jurídicas. “Evolución histórica del concepto de personas jurídica”. Editorial Temis S.A. 2010. Pág. 27.

⁹⁸ Ferrara Francisco, Ob. Cit.

⁹⁹ Suárez Franco Roberto. Ob. Cit. Págs. 30 y ss.

diferenciando así entre realidad física y psíquica, corporal e incorporal, este último como un “*habeas unum*” a partir del cual se afirma se estructuraría la teoría de la ficción.

Sin embargo, es de resaltar que tal teoría de la personalidad jurídica era un tanto anárquica y se incurría en frecuentes contradicciones respecto de su naturaleza y capacidad jurídica que impiden identificar fácilmente su razón o fundamento de creación, el cual no obstante se puede evidenciar o deducir a partir de las prerrogativas o privilegios que ostentaban tales colectividades propias del poder.

En lo que toca a la personalidad jurídica de las sociedades comerciales, debemos aducir que fue a través de ellas que se dio un mayor desarrollo de la institución, pues durante la edad media, y más aún luego del descubrimiento de América, los monarcas y nobles, que veían en el oficio del comercio una actividad impropia de su linaje, celebraban contratos de *commenda*¹⁰⁰ con las personas que se dedicaban a tal actividad con miras a hacer inversiones mancomunadas en viajes riesgosos lo que hacía que se distribuyeran las ganancias o pérdidas *intuito personae*, es decir que se adquirirían obligaciones de manera directa por parte de los contratantes, sin que existiera *un animus corpus*, diferente al de los integrantes de la empresa mercantil, esto es, no existía originalmente un carácter corporativo.

Se ha dicho que en los contratos de *commenda* está el origen de las sociedades en comandita, a las que les siguieron, las sociedades colectivas, las limitadas y las anónimas, que en su orden, fueron desplazando el aspecto *intuito personae* por el *intuito pecuniae*, de mayor boga por nuestros días en el que los socios o participes se desprenden de su reconocimiento personal como socios para simplemente contar como cuotas económicas del patrimonio de dichas sociedades.

¹⁰⁰ Leal Pérez, Hildebrando. Derecho de Sociedades Comerciales. Partes general y Especial. Tercera Edición. “*Bosquejo histórico*”. Editorial Leyer. Bogotá, Colombia. Págs. 7 y ss.

De este aspecto histórico, se puede colegir que la personalidad jurídica surgió inconscientemente como un exclusivo privilegio que se otorgaba a ciertas agrupaciones celosamente vigiladas por parte de quien o quienes ostentaban el poder o *imperium*, monarcas o emperadores, quienes lucharon siempre por tener bajo control a los gremios o agrupaciones que por sumar iniciativas podían eventualmente acumular riquezas y poder en contra de sus intereses.

En efecto, coincide la doctrina¹⁰¹ en afirmar que existía cierta aspereza por parte de la monarquía o del poder real para la existencia de tales cuerpos colegiados, y por ende buscó siempre la forma ilustrada de justificar su intervención y subordinación a través de los jurisconsultos romanos con normas tales como la *lex Julia collegis* o el *Digesto* para establecer la regla según la cual éstos para su formación requerían de la autorización del gobierno. De manera que el origen de las personas jurídicas se perfiló en un enfrentamiento de intereses y poderes de que son sinónimo las agremiaciones o agrupaciones.

En síntesis la personalidad jurídica encontraría su génesis originalmente ligada a las nociones romanas de *imperium* y *res publicae*, para concebir primeramente al *ius populi o publici*, que como cuestión pública y soberana, se encontraba por encima, y por fuera, del derecho privado, derivando de aquél los *municipia* y las *universitas* con carácter corporativo, como prolongación de aquéllos, que con posterioridad fueron multiplicándose y robusteciéndose, primero por cuenta de los canonistas, quienes incorporaron la idea de persona moral, y luego por cuenta de otras agremiaciones continuó adquiriendo otras prerrogativas, ligadas eso sí al concepto de autorización y legalidad o sujeción.

Luego entonces, estos hechos históricos sugieren los distintos intereses particulares e individuales que dieron origen a la personalidad jurídica, primero en el *ius publicum*, en que se utilizó para las provincias que caían bajo el imperio

¹⁰¹ Colin Ambrose y Capitant Henry. Ob. Cit. Pág. 290.

romano y posteriormente extendido, pero limitado siempre, a la iniciativa particular. En tanto que la unidad obligacional que fue la primera en establecerse, quizás por la facilidad práctica, y posteriormente como cuestión moral o psicológica, realismo escandinavo, que ligada al concepto de pecado se indicó que esta no era posible predicarse de los entes ficticios, diferenciación que encierra en el fondo la naturaleza de las obligaciones, pues mientras las pecuniarias eran susceptibles de ser tratadas como unidad de la personalidad jurídica, las morales, psicológicas o voluntarias no lo eran.

Es por la naturaleza de las obligaciones entonces que se aprecia el vaivén entre su concepción unitaria al *corpus mysticum* y su divisibilidad entre sus integrantes. Existen obligaciones morales o éticas que por justicia solo se podían predicar de los individuos y otras materiales o económicas, que en principio se enlazaron a las éticas, pero que luego se diferenciaron para integrarse en una única obligación.

Esta dificultad o ambivalencia surgió pues, de la dificultad, máxime por la época, de diferenciar el aspecto volitivo y psicológico o ético subjetivo propio del ser humano con respecto al materialismo y practicismo que refiere el monetarismo y el comercio, la cual incluso se preserva hasta nuestros días que tiende a separarlas en lugar de integrarlas lo cual desdice del trialismo. Contradicciones que surgen justamente de tesis totalitarias que rompen los eslabones que permiten concatenar la realidad con la ética subjetiva o psicológica, aspecto que posibilita identificar en la voluntad humana el móvil o interés de una conducta cuya primer manifestación se aprecia en el utilitarismo del que habló Jeremy Bentham.

1.1.2. Breve Alusión Histórica de la Responsabilidad del Estado, de la persona jurídica y del gobernante.

La noción de responsabilidad del Estado ha estado íntimamente ligada a la responsabilidad de sus gobernantes, lo cual debe indefectiblemente identificarse

también con el problema de la capacidad de las personas jurídicas y del carácter corporativo del Estado, tópico que la gran mayoría de los estudiosos suelen pasar por alto o en su defecto referirlo de manera muy efímera.

En ese sentido, siendo el origen de las instituciones jurídicas individualista, dado el carácter empírico que caracteriza a esta última, la inferencia lógica que de allí deriva sugiere que la responsabilidad corporativa no existía ni se concebía durante la época antigua pues la responsabilidad se predicaba exclusivamente de las personas físicas o naturales que otorgaba la capacidad derivada de su condición de ciudadano libre. Así para el caso de lo público según Ulpiano¹⁰² la sociedad no tenía potestad o facultad para obrar con voluntad, “*societas delinquere non potest*”, con lo cual la ciudad no podía ser acusada pues ello tan solo era posible contra sus administradores.

Este sistema perduró de manera principal hasta casi el siglo XIX, pese a que durante los siglos XVI y XVIII, se entronizó una mixtura con base en la teoría del fisco que a la vez que negaba responsabilidad del poder, también afirmaba la posibilidad de reclamar indemnizaciones y solo para determinados casos, pues el fisco no era el poder sino tan solo una parte del él. Es de advertir en todo caso que allí predominó también la idea de irresponsabilidad de las personas jurídicas y aún del Estado que aún no revestía dicha condición, estando en boga la tesis del ilustre tratadista alemán Friederic Karl von Savigny¹⁰³, quien afirmaba que la persona jurídica era una ficción artificial sin voluntad por lo que carecía de capacidad para incurrir en alguna culpa, excepto en materia contractual donde admitió el compromiso de su responsabilidad por incumplimiento, postura que en realidad si se revisa más a fondo pondría a tambalear o cuestionar la justificación teleológica de la responsabilidad del Estado, toda vez que se identifica en ese sentido con el realismo jurídico.

¹⁰² Referido por Saavedra Becerra Ramiro, “La responsabilidad extracontractual de la administración pública”, primera edición, cuarta reimpresión, editorial Ibañez, 2008, Bogotá, Colombia. Pág. 32.

¹⁰³ Referido por Valencia Zea Arturo, actualizado por Ortiz Monsalve Álvaro. Ob. Cit. Pág. 273.

Ese principio de irresponsabilidad del Estado, por aquel entonces también se vio reforzado por la identificación que del gobernante se hizo con la divinidad, y a su vez con su poder temporal, donde incluso el monarca se confundió con el mismo Estado, recuérdese la frase de Luis XIV que afirmaba “*Le Etat c`est moi*”, “*el Estado soy yo*”, bajo cuya premisa resultaba imposible hacer responsable al gobernante y al Estado mismo, lo cual se identificó con los fenómenos monarcas y el principio inglés “*The King can do not wrong*”, “el rey no puede causar daño” y por ende el Estado tampoco, pues éste era el propio gobernante.

Pero fue en Francia donde por primera vez se endilgó, según se afirma, responsabilidad al Estado, que como se recordará se hizo en el conocido fallo Blanco¹⁰⁴ del Tribunal de Conflictos del 8 de febrero de 1873, en donde con ocasión del accidente de tránsito sufrido por la hija del señor Blanco con una vagoneta de una empresa tabacalera estatal del Departamento de Gironde, se dispuso que el Estado era responsable pero no por los principios del Código Civil, sino por unos principios especiales.

Igualmente, mediante el fallo Pelletier¹⁰⁵ del 30 de julio de 1873, se hizo ya distinción entre responsabilidad del Estado y responsabilidad del servidor público

¹⁰⁴ “Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa”, autores varios, Ediciones Librería del Profesional, versión en Castellano por Leonardo Augusto Torres Calderón, Humberto Mora Osejo y Marie Louise Crépy, Bogotá, Colombia, 2000. Cabe destacar que la doctrina en general se refiere a este antecedente como origen no solo de la especialidad administrativa sino de la responsabilidad del Estado, aspecto este último que no es del todo exacto, pues si bien fue la primera vez que se pudo reconocer responsabilidad teórica del Estado en materia administrativa, es lo cierto que en materia patrimonial propiamente dicha el Estado ya era sujeto de demandas por responsabilidad patrimonial ante la jurisdicción común ante los tribunales civiles que condenaban al servidor público con base en la teoría de los actos de gestión pese a la vigencia para entonces de la ley 16-24 de 1790 y del artículo 75 de la Constitución francesa de 1797 que establecía la “garantía de los funcionarios” o administrativa que prohibía que éstos fueran demandados judicialmente, normas que fueron derogadas tan solo por el Decreto del 19 de septiembre de 1870, norma esta última que también fue objeto de “interpretación” (manipulación) judicial administrativa de la época para aducir que ella no era derogatoria sino que debía combinarse con las anteriores con miras a no desconocer el principio de separación de poderes impidiendo la injerencia de los tribunales en la función administrativa, sistema al cual se había arribado por la desconfianza inicial que se formó respecto de los Parlamentos que otrora administraban justicia y que entorpecieron la labor del monarca en su momento, lo cual se creyó podía repetirse en el gobierno republicano.

¹⁰⁵ *Ibidem*. Pág. 4.

al diferenciar entre culpa del servicio y culpa personal, respectivamente, a partir de los hechos según los cuales la autoridad militar, con base en los poderes del estado de sitio de la época, había ordenado la confiscación del primer número de un periódico cuya publicación había iniciado el señor Pelletier. Es menester advertir que a pesar de haberse hecho dicha distinción, la misma no representó realmente una fórmula para hacer responsable al servidor público respecto de las víctimas, pues de un lado imperaba el principio de “garantía de los funcionarios” y/o de “garantía administrativa” que derivaban de la ley 16-24 de 1790 y del artículo 75 de la Constitución de la época que en síntesis disponían la imposibilidad de la jurisdicción (común u ordinaria inicialmente) de entrometerse de cualquier forma en los asuntos de la administración y por ende de llamar ante las mismas a sus funcionarios.

Así mismo el referido tribunal francés mediante sentencias del 26 de julio de 1951 dentro de los casos Laruelle y Delville, determinó que en los eventos en que concurriera la falla del servicio y la culpa personal la víctima podría demandar la totalidad de la indemnización de la obligación al Estado ante la jurisdicción administrativa o al servidor público ante la jurisdicción ordinaria, pero en todo caso estableció la responsabilidad del funcionario, si bien no ante la víctima, sí ante la administración.

Por su parte en el sistema del *common law*, se había establecido hasta hace muy poco la responsabilidad del funcionario con su patrimonio personal hasta el año de 1947, en Inglaterra, con el *Crown Proceedings Act*, y la ley federal de 1946¹⁰⁶. Como puede apreciarse, la responsabilidad patrimonial administrativa ha oscilado entre su inexistencia y su reconocimiento total o parcial, bien del Estado, bien del servidor público, categoría entre la cual debe ubicarse la noción de gobernante,

¹⁰⁶ Recuérdese que en todo caso allí se estableció la responsabilidad de la Corona, no del Estado propiamente dicho.

que por oposición a sus subalternos normalmente en la práctica es irresponsable bajo el manto que el poder le brinda.

La responsabilidad frente a los particulares se ha visto pues desarrollada por una responsabilidad del Estado y una correlativa irresponsabilidad del funcionario so capa de la teoría de la acumulación dejando inane toda forma de responsabilidad a este último con sustento en la “garantía administrativa”, y de otro lado la responsabilidad del Estado y la consecuente responsabilidad del servidor público únicamente frente a la administración como aspecto moralizador del mismo.

Ahora bien, en Colombia la responsabilidad de los servidores públicos se estableció inicialmente en el artículo 20 de la C.P. de 1886 que disponía: “*Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y de las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas*”. Cabe referir que la extralimitación de funciones y la omisión en el ejercicio de éstas son equivalentes a la infracción de la Constitución y la ley, luego redundante resultaba la expresión al igual que sucede en la actual Constitución como se podrá apreciar de su texto¹⁰⁷.

En lo que toca a la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas, ya se ha dicho que tal posibilidad fue desarrollada por vía jurisprudencial, pues el Código Civil de Bello no contempló la misma al adoptar el criterio de Savigny, siendo que fue la Corte Suprema de Justicia, otrora Corporación encargada de dirimir también los conflictos Estado-ciudadano, que en varios pronunciamientos que anteceden el inicio del siglo XX y finales del XIX, que incorporó tal tesis, primero por vía de la responsabilidad indirecta y posteriormente en 1962, por vía directa.

¹⁰⁷ *Infra.*

En el fallo de la Corte Suprema de Justicia del 30 de junio de 1962, tal Corporación señaló que tanto la administración como el servidor debían responder solidariamente ante el damnificado; también el Consejo de Estado mediante sentencia del 22 de marzo de 1974 se refirió sobre el mismo aspecto como una responsabilidad conjunta y existiendo el caso del pago por parte de la administración ésta podía repetir contra su agente.

En tanto que el artículo 40 del C.P.C., estableció de manera especial, sino aislada, la responsabilidad de los funcionarios judiciales, acaeciendo otro tanto respecto del artículo 177 del C.C.A. Posteriormente la Constitución Política de 1991 estableció en su artículo 6º que: *“Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”*, en tanto que en su artículo 90 precisó que: *“En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, **que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo**, aquél deberá repetir contra éste”* (Destacado no original).

Así mismo los artículos 65 y 72 de la ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia se refirieron a la responsabilidad de sus agentes y a la acción de repetición contra los mismos, respectivamente. Igualmente el artículo 51 de la ley 80 de 1993, consagró la responsabilidad civil de los servidores públicos en materia contractual.

Por último, en virtud del artículo 90 de la C.P., se expidió la ley 678 de 2001 que reglamenta la acción de repetición del Estado contra sus servidores públicos cuando aquél haya sido condenado como consecuencia de una conducta dolosa o gravemente culposa por parte de éstos.

Como puede apreciarse, el tema de la responsabilidad general, ha oscilado entre el Estado y el agente o gobernante, para terminar estableciéndose de manera separada aunque con predominio del primero.

1.2. Corolario histórico realista.

Si observamos, los romanos sostuvieron inicialmente que las *universitas* comprendían una sola obligación, lo hicieron desde el punto de vista pragmático y económico, pues sus instituciones fueron siempre de tal corte, que por lo mismo lucieron tan lógicas, aún en nuestros días, y que dieron origen a una concepción unitaria de las obligaciones respecto de las colectividades, en tanto que el influjo religioso y canonista añadió el concepto ético subjetivo de la conducta humana, que abrió paso a la separación o identificación de las responsabilidades individuales, que a no dudarlo recae en el móvil o intención del individuo como causa determinante del obrar humano.

Traduciendo lo anterior a términos y corrientes filosóficas se trata del tradicional enfrentamiento entre realistas e idealistas, que no conciben que ambas hagan parte de una misma verdad más amplia. La dimensión realista por sí misma resulta insuficiente, debiendo entonces enlazarse con su reflexión ética, cuyo primer eslabón es la subjetiva, ética la cual en el capítulo siguiente se abordará integrándola con su aspecto objetivo, que aúna a la voluntad individual otras voluntades intersubjetivas, dimensionando así su aspecto social o general con lo cual se adquiere una objetivización ética al ser aceptada de consuno por esas otras voluntades, presentándose de esta forma como la razón de las razones o, en otros términos los motivos generales sobre los particulares en lo que encuentran armonía y dinámica posible estos últimos.

Ahora bien las razones de tipo histórico relativas a la responsabilidad de los entes jurídicos, refieren que se veía en el Estado la propia voluntad del soberano o

gobernante, quien se identificaba por ende con el mismo estamento público, era de quien dependía el arbitrio por reconocer voluntariamente alguna compensación por algún perjuicio causado por parte suya o de sus dependientes, es decir, la simple liberalidad o capricho del gobernante constituía el fundamento para el reconocimiento de tal indemnización.

En lo que atañe a las personas jurídicas de derecho privado, especialmente las sociedades comerciales, su génesis se observa fue el deseo de protección de los asociados de su propio patrimonio con respecto a las empresas que emprendían, que normalmente representaba grandes riesgos, procurando para el efecto solo comprometer el conjunto de bienes destinados a la empresa mercantil, y con ello se ha identificado el principio *ubi emolumentum ibi onus*, donde hay lucro hay responsabilidad, y que con el realismo dicho ánimo lucrativo es de los socios no del ente social comercial como se ha entendido. La responsabilidad del ente, se muestra así muy cómoda y útil a los intereses de quienes conformaban tales instituciones en cuanto respecta a su patrimonio personal o individual, despersonificando, en su sentido humano, y separando la abstracción de un conjunto de bienes del individuo mismo.

En cuanto a las *Universitas bonorum y personarum*, que corresponden a las actuales corporaciones y fundaciones, respectivamente, el sustento parece encontrarse en su aparente ausencia de ánimo de lucro y destinación altruista por parte de sus miembros, que por no procurar formalmente utilidad no ven la necesidad de comprometer sino únicamente la responsabilidad del ente, fenómeno que es propio de las obligaciones a título gratuito, lo que le da un toque forma de justicia para con sus miembros, pero que no obstante oculta el verdadero interés de quienes así se asocian, que es el de procurar los beneficios y exenciones tributarias, entre otras, de una actividad en realidad con ánimo lucrativo.

Es así como el realismo nos aflora que el origen de la responsabilidad extrapatrimonial o delictual de los entes jurídicos, se halla en el interés de las personas físicas, bien con poder económico, bien con poder político, de proteger su propia individualidad y patrimonio frente a terceros, para cuyo efecto se ha transportado la responsabilidad de las personas físicas a las personas jurídicas, que han dado en entender que se trata de un patrimonio diferente, más no por intereses altruistas o proteccionistas de las víctimas de sus daños.

Con lo anterior se revierte solapadamente el principio según el cual el patrimonio es prenda general de los acreedores, pues en lugar de que las víctimas del actuar conjunto o societario, vean la suma de varios patrimonios de los miembros societarios, entre ellos las participaciones de tales integrantes, como garantía de su indemnización, la ven limitada en el sector privado con el patrimonio de un ente jurídico que las más de las veces está constituido por las llamadas “empresas de papel”, que ha permitido el desarrollo de varios fraudes a la ley, estafas, etc., pues estos entes jurídicos han permitido ocultar los verdaderos intereses egoístas e individuales de sus miembros que riñen con la armonía social, problema sobre el cual se han formulado diversas soluciones de tipo jurídico, como la teoría anglosajona del *disregard of legal entity*, o teoría del levantamiento del velo corporativo, pero que en últimas no proponen un desmonte de la responsabilidad del ente para reintegrarla a sus verdaderos generadores ontológicos.

Para el caso del Estado, si bien este difiere un poco en cuanto a sus propósitos respecto de las demás personas jurídicas, es lo cierto que el mismo está conformado por grupos élite que ostentan el poder económico, con el cual se hacen a los demás poderes como el político y el legislativo, siendo que quien tiene el poder hace la ley y su fundamento, y de esta manera han visto igualmente la forma de encubrir sus bienes bajo una supuesta teoría de la responsabilidad del Estado.

En efecto, la historia nacional y aún comparada, dan cuenta que los grupos económicos, legales o ilegales, financian campañas políticas, con lo que comprometen en beneficio de particulares intereses las instituciones estatales, imponiendo regímenes económicos y legales, como el precio de la gasolina, la seguridad social y su POS, el costo de los “servicios” bancarios, los Estados de Excepción, etc.

Normalmente cuando se pregunta a cualquier persona del común por la responsabilidad de algún gobernante, refiere de manera natural que el llamado a responder es el Estado, manteniendo así la identidad conceptual entre gobernante y Estado, es decir, éste último sigue siendo el gobernante mismo con eufemismos y mitos diferentes que dan sustento a sus abstractas teorías, según los mismos producto de elevadas reflexiones.

Más la historia ha revelado en gran número de oportunidades que se ha impuesto una verdad formal que encubre una verdad material, siendo que la primera generalmente predomina en los medios académicos, también influenciados por los factores e intereses distintos a los formales. Así tenemos por ejemplo, que durante la época de las monarquías, los gobernantes soberanos dueños del poder y de las riquezas, justificaban la irresponsabilidad de su monarquía que se confundía con el propio Estado, siendo su explicación justamente que quien manda es capaz de imponerse sin indemnización o reconocimiento alguno del súbdito, era pues la voluntad y el poder de una persona física que al mismo tiempo constituía una institución.

Luego de ello, la historia enseña que con la caída de la monarquía entraron otros intereses que ya no estarían caracterizados por una sangre azul, sino por un poder económico, como eran los burgueses que en realidad eran comerciantes, quienes procuraron igualmente mantener su poderío ya no bajo la sombra de mitos religiosos, sino a través de más sofisticadas teorías que sostenían que el

Estado ya no era el monarca ni sus gobernantes, sino que era un ente diferente representativo de las masas populares, separándolo así de las personas físicas individualmente consideradas, donde muy ventajoso resultó afirmar, ahora sí, su responsabilidad como gran conquista del derecho. Algo así como que las personas jurídicas y el Estado son ellos mismos, donde éstos son anónimos y por ende irresponsables.

Entonces la dimensión realista sugiere que la responsabilidad extracontractual como fruto de un daño se origina de la propia conducta humana, que actúa por móviles particulares así como de sus intereses que se ven favorecidos con una tesis de responsabilidad de un ente abstracto que ontológicamente es incapaz de actuar por sí mismo.

1.3. Fundamentos causales a considerar (causa-efecto)

Se ha dicho que el realismo ha de abordar los aspectos fácticos y de eficacia, sociológicos y psicológicos, como médula o sustancia del derecho. Más con el trialismo, si bien no como médula sí han de comprenderse tales aspectos como parte integrante de una concepción multidimensional del derecho. Y en ese sentido son los hechos sociales, económicos y políticos los que son determinados por los diferentes intereses o intenciones de las personas físicas.

Así, muestran los hechos históricos materiales, no los formales, como dato de nuestro objeto de conocimiento, que en general los hombres persiguen propósitos individuales y colectivos o gremiales, a cuyos intereses crean o emancipan entes jurídicos o Estados mismos¹⁰⁸, según cada caso o conveniencia, y han sido esos

¹⁰⁸ En el mismo sentido, Angarita, Carlos Enrique. Estado, Poder y Derechos Humanos. Editorial Códice. Corporación René García. Bogotá. Año 2000. El autor señala como conclusiones del capítulo “Aproximación a algunos factores de poder y violencia en Colombia (1948-1997)”, que “*En Colombia el poder aparece diseminado en múltiples factores de carácter político, económico y militar, defendiendo cada cual intereses particulares y opuestos entre sí, aunque pretendan manifestarse como representantes del interés general de toda la sociedad. Adicionalmente, todos ellos, en mayor o menor medida, para constituirse en cuanto tales*

mismos hombres quienes por ejemplo lideraron una revolución francesa que incorporó al poder público a la clase burguesa bajo el axioma de los derechos del hombre, o ha creado desde *wall street* el Estado de Panamá, o han separado a las Koreas o han inducido conflictos armados en el mercado negro del armamentismo como actividad económica, etc.

En Colombia, existe la influencia de grupos o gremios económicos, legales e ilegales, que a la postre han incidido determinadamente en el Estado como principal forma de expresión de poder que legitima y favorece sus intereses, que hace que no resulten casuales o fortuitos los arribos de los tradicionales apellidos (delfines) en la dirección del mismo y que evidencien la manipulación del Estado a intereses privados, de lo cual dan cuenta no solo estos aspectos formales sino los testimonios y publicaciones efectuadas por distintos protagonistas de la vida social colombiana, como Carlos Castaño, Salvatore Mancuso, Virginia Vallejo, Andrés López, etc., que revelan la injerencia de tales grupos económicos, infiltrados desde la legalidad hasta la ilegalidad.

Tras los hilos “invisibles” siempre se ha intuido la presencia y dominio de algún grupo élite económico y político¹⁰⁹ que desde hace mucho tiempo abandonó su

han utilizado mecanismos y recursos que se encuentran más allá de la legalidad formalmente establecida”. “Lo anterior quiere decir que en nuestro país el Estado no ha conseguido establecerse en regente del orden social ni en regulador de los conflictos que aparecen al interior de la convivencia entre ciudadanos. En cuanto supuesta instancia referencial de los distintos sujetos que interactúan en la sociedad, en no pocas ocasiones el Estado ha sido objeto de utilización por parte de actores poderosos para obtener objetivos económicos de acumulación privada y para ejercer el control público sobre las franjas de población victimizadas que se rebelan contra las medidas que los afectan negativamente”. Aunque tal autor parte de la premisa de que el Estado puede y debe ser autónomo del gobernante, según se infiere de su escrito, este criterio desconoce que por antonomasia el Estado como medio se ve indefectiblemente utilizado por el mismo. http://www.javeriana.edu.co/Facultades/Teologia/servicios_formacion_int_univ/ecoteo1/e-pvc.htm.

¹⁰⁹ A nivel internacional hay quienes registran un complot mundial judío contra el cristianismo o catolicismo, derivado de un poderío económico financiero que domina los grandes capitales que van desde el dominio de las grandes superpotencias y por conducto de las mismas de los países tercermundistas. Ver entre otros Borrego, Salvador, *Derrota Mundial*. 40ª Edición. México 1988. Ford, Henry. *El Judío Internacional*. Un Problema del Mundo. Versión española de Bruno Wenzel. Tercera Edición. Pensar Editores. Bogotá D.C.

concepción local o regional para integrarlo a lo mundial con estandartes de corte ético y filosófico que ha hecho prevalecer sus intereses particulares.

Esta realidad material que es la que casi nunca se reconoce formalmente, es la que interesa escrutar a través del realismo jurídico, que permita determinar las causas fácticas que generan todos aquellos efectos sobre los que resulta posible predicar un perjuicio o daño, lo que no obstante han sido solapados por esos mismos intereses dueños de los medios de producción y de comunicación.

Son ellos quienes se han interesado muy convenientemente en construir abstracciones jurídicas “sofisticadas” que les permita mimetizar su actuar o proceder a través de sociedades como las anónimas y en materia pública a través de los Estados, entes que se hacen “responsables” en su lugar y anonimato.

Luego dicho realismo nos enfoca a la *questio facti* que no puede ser otra que el móvil o interés de los grupos élites humanos que desencadenan distintos efectos, haciéndose causa directa de los daños o perjuicios que con los mismos generan, causa que no se encuentra en sus ideas formales que se han encargado de ilustrar y que para muchos han resultado convincentes y obra de la más alta inteligencia y academia.

El realismo pues, como forma de presentar las cosas tal como son, en sentido práctico o material, en contraposición al idealismo, sugiere que se atienda a lo verificable por el conocimiento del objeto, no del sujeto, que permita que asuma un carácter explicativo de las fuerzas o poderes que intervienen en la comunidad, que yacen, como ya se ha deducido del intelecto, de la voluntad, ánimo o intención de los seres humanos, quienes a partir de los mismos crean o edifican su entorno relacional. ¿Cómo entonces referir que un ente abstracto, cuya realidad es ideal o mental, es susceptible de predicar responsabilidad?.

La responsabilidad en sentido material y real, tiene entonces por objeto determinar e identificar intersubjetivamente o en relación con otro al sujeto causal de un daño, lo cual permite señalarle, endilgarle o imputarle como el llamado a asumir una determinada consecuencia, en nuestro caso jurídica patrimonial, no siendo suficiente la simple causalidad mecánica o física, pues también resulta determinante de una conducta la *psique* del individuo que informa su voluntad o intención de la cual carece un ente jurídico que solo está conformada indirectamente por una voluntad o voluntades humanas que la destinan para un fin, normalmente lucrativo o de poder.

El objeto de conocimiento, no es lo que piensen los hombres que es (idealismo kantiano), sino lo que es en sí mismo el objeto (realismo), no se trata de fantasía que es solo para el hombre, se trata de la realidad externa que existe independientemente del sujeto cognoscente, dimensión que evidencia a la persona jurídica como abstracción y como tal incapaz de ostentar una voluntad propia y por ende no susceptible de ser señalado o determinado como conciencia responsable.

La teoría de la responsabilidad patrimonial de los entes jurídicos, insinúa que una cosa o conjunto de bienes que integran un patrimonio para un fin, es responsable por sí misma del actuar de sus agentes, a quienes supuestamente emplea como medios, sin mirar que en realidad el medio es el ente para la actividad propia de los miembros.

Lo que interesa a esta dimensión no es cómo se idea una cuestión, sino cómo se presenta en realidad de verdad la misma, indagando por las causas exógenas y endógenas, esto es, la necesidad fáctica y la intención o voluntad reflexiva, respectivamente, es decir, los hechos o relaciones que requieren ser regulados a cuya reflexión sobreviene el propósito de armonización y equilibrio de las mismas.

Siendo la voluntad o intención el aspecto determinante de la conducta humana y por ende la génesis de la misma, los entes jurídicos se muestran como resultado de esa misma conducta, en la que se integran esfuerzos, ideas, intenciones o voluntades, y con ellas un patrimonio, el cual se individualiza no por una genialidad o evolución del pensamiento humano, sino por la practicidad que ello permite en el desenvolvimiento de un tráfico económico estructurado mercantilmente, más ello resulta viable en la medida que gira dentro del objeto perseguido y delimitado por la juridicidad o legalidad, más no se aprecia igual en cuanto a las nociones de ilicitud donde converge en primer plano una dimensión moral relacionada con la idea de lo bueno y lo malo, lo justo o injusto, identificable primeramente con lo legal o lo ilegal en el que subyacen los dos primeros.

De esta manera, la postura ius-realista nos indica que el aspecto a considerar dentro de una teoría de la responsabilidad extracontractual es el *factum*, esto es, los hechos, sobre los cuales una corporación no tiene trascendencia fenomenológica, pues es producto del ingenio lucrativo y de poderío humano que es determinado por su conciencia o voluntad como fenómeno psíquico que le es exclusivo.

2. Dimensión axiológica de la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas y del Estado.

Luego de haber evidenciado los aspectos fácticos, sociológicos y psicológicos, que determinan las necesidades que surgen a partir de la personalidad jurídica, es preciso abordar las reflexiones axiológicas en torno a la misma, advirtiendo, como ya quedara insinuado antes, que el realismo converge a un primer grado ético a través de la voluntad reflexiva que atiende a un interés o utilidad individual que procura satisfacer una necesidad de la misma proporción o dimensión, y que llevado al plano intersubjetivo, que le permite operar, se objetiviza por conducto de

unos principios o valores que son aceptados socialmente, que brinda o permite brindar una verdad objetiva en dicho plano.

Ello nos deja identificar un aspecto reflexivo subjetivo y otro objetivo, el primero relacionado con la conciencia individual, móvil o intensión de la voluntad, y el segundo con la aceptación intersubjetiva de esos móviles o intensiones en línea de armonizar con otras voluntades.

2.1. La necesidad y la reflexión individual como primer eslabón teleológico que aproxima al nivel deontológico de la conducta e ingreso a la responsabilidad subjetiva como axioma.

Acorde a lo anterior se descubre que la persona física ostenta unas necesidades a satisfacer en su exclusivo interés o beneficio, para lo cual antepone todos los medios posibles que le procuren dicha satisfacción o ambición, sin más medida que su propia conciencia individual. Así los hombres individualmente considerados han pugnado por poner a su servicio y disposición todos los medios que le permitan complacer su propio yo, en especial y de manera general el poder, que deriva bien por motivos “divinos” o por motivos económicos, como el de los comerciantes.

Dentro del carácter psicológico que identifica una corriente del realismo, se advierte la primer conexión con el aspecto axiológico del derecho y dentro del mismo el de la responsabilidad, en donde toma trascendencia en gran medida la noción de culpabilidad como aspecto estructural en la que se basa una responsabilidad subjetiva, pues es en la conciencia reflexiva humana que está la posibilidad de conocer lo útil, benévolo o provechoso para sí de su propio actuar y el posible detrimento que puede representar para un tercero.

De suerte que siendo el primer interés del individuo, satisfacer sus propias necesidades aún en contra de intereses ajenos, la persona física reflexiona o cuestiona para sí mismo las formas o mejores formas de procurar la atención de sus ambiciones, para cuyo efecto ostenta una conciencia o voluntad que le permite llevar a cabo sus cavilaciones, las que cuando resultan perjudiciales a otros intereses toma relevancia el juicio o valoración de su intención, bien de dañar, dolo, o de su simple descuido o desconsideración de los bienes ajenos, culpa.

Ante tal posibilidad, el derecho y en general el tema de la responsabilidad como desarrollo de la justicia, emprende un camino hacia su objetivización a través de la aceptación por los demás miembros de la comunidad que comprende que los derechos o facultades de cada uno deben ser limitados hasta donde comienzan los de los otros como fórmula dinámica para que puedan operar armónica e intersubjetivamente, pues el derecho solo encuentra relevancia en la medida que puede considerarse en relación o vínculo externo con otro y en ese sentido es cuando realmente se hace objeto de juicio o valor la conducta humana.

Este aspecto subjetivo, no obstante, pierde envergadura en tratándose de actividades como las peligrosas, donde el riesgo del daño derivado de la conducta se acrecienta a tal punto que la voluntad se ve aminorada en cuanto corresponde a su control y dominio, motivo que lleva a desplazarla o eliminarla, esto es a no tenerla en cuenta como factor determinante del resultado o perjuicio, este último aspecto que se denomina propiamente responsabilidad objetiva.

Es lo que se conoce como teoría del riesgo, aunque en nuestro sistema jurídico, el establecido jurisprudencialmente propiamente dicho, opera a través de la presunción de culpa, que es apenas un grado dentro de los tres sistemas o formas de tratamiento del principio *onus probandi*, que trae como primero el sistema de la culpa probada; como segundo el de la culpa presunta; y en tercer lugar la

inexistencia de la carga de probar dicha culpa que no se exige ya como elemento estructural de la responsabilidad extracontractual.

Con todo el elemento subjetivo se ha dado en aplicar para aquellos tipos de responsabilidad que entraña una sanción, en lo que se conoce como justicia retributiva, que por lo mismo atiende a los méritos según la voluntad del individuo, en tanto que la responsabilidad objetiva tan solo mira a la causa y al resultado sin tener en consideración la conciencia o voluntad del individuo, lo cual como se aprecia correspondería a una postura unidimensional más de corte realista que mira solo a los aspectos facticos sin reconocer los axiológicos particulares del individuo.

Existiendo pues tres posibilidades de regímenes de carga probatoria en cuanto a la culpa, vistos en la primera parte de esta investigación, régimen de culpa probada, culpa presunta; y sin culpa en su sentido jurídico, estos, muestran o evidencian que la justicia ha de recaer no solo en los hechos, sino también en la conciencia del individuo, ajustándose más por ello al concepto conmutativo de justicia el de culpa probada y el de culpa presunta para equilibrar las cargas según que la voluntad resulte o no mayormente determinante en el daño que hace que sea bidimensional y que eventualmente se pueda complementar con su positivización, conformando su tridimensionalidad de la que aquí auscultamos como método definitorio del derecho, pues por el contrario la responsabilidad objetiva muestra una clara tendencia unidimensional y en su defecto bidimensional que en todo caso excluye el aspecto axiológico propio de la conducta humana particular.

2.2. La consolidación de un interés común como justicia o axioma objetivo frente a la responsabilidad de los entes jurídicos.

La “justicia” individual, por llamarlo de alguna forma, pues como se verá la noción de justicia solo toma dimensión como medida para con otro, se refiere al interés subjetivo o particular del individuo que dentro de su órbita solo busca satisfacer sus propias necesidades o ambiciones sin límite más que la capacidad del propio individuo. Por su parte el individuo al entrar en relación con otros, en protección y garantía de su propio bienestar, debe procurar la conservación de sus intereses, frente al de los otros, lo que hace a través de convenios o consensos que se inspiran en la reciprocidad, y es allí donde surge la justicia como concepto y medida objetiva, ya no subjetiva, que procura el equilibrio y armonía de los intereses intersubjetivos. Es el tránsito de lo subjetivo a lo intersubjetivo lo que nos lleva a una objetividad que se estructura en un axioma y como tal reprochable o exigible a otro, y es ese subjetivismo e intersubjetivismo los que miran a la voluntad o intención individual o plural.

El interés común, se forja de divisar los distintos intereses subjetivos, en principio contrapuestos, que no obstante encuentran paradójicamente su continuidad en su respeto general que establece inmanentemente unas limitaciones de los mismos; así los derechos de propiedad o de libertad, al no ser absolutos, permiten que coexistan unos y otros conforme a las propias fronteras que impone su naturaleza u origen.

De un sujeto A, con intereses XX, se presenta un sujeto B, con intereses ZZ, y otro sujeto C con intereses XZ, dada su diversidad y eventual colisión, se precisa necesario que los sujetos A, B y C, convengan el respeto y delimitación de cada uno de sus intereses a cambio de su propia seguridad y subsistencia.

Se consolida de esta forma general, el derecho como axioma del cual hace parte la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas, como valor o principio objetivable, fruto del consenso cultural o social. En ese sentido, y para nuestro estudio retomaremos el concepto aristotélico por ser el más universal en cuanto a occidente corresponde¹¹⁰. Conforme a la clasificación aristotélica, la justicia, como bien ajeno o para otro, carácter intersubjetivo, puede ser distributiva, conmutativa y por equidad. La justicia distributiva es aquella, según el estagirita, que se identifica con la igualdad. *“De aquí los pleitos y las reclamaciones cuando los iguales tienen y reciben porciones no iguales, o los no iguales porciones iguales”, “Así lo justo es algo proporcional”, es una justicia geométrica que también “...debe ser conforme a cierto mérito”, “Lo justo distributivo, en efecto, se refiere a las cosas comunes, y es siempre conforme a la proporción”*¹¹¹. Así la justicia distributiva se aprecia corresponde a un aspecto de política pública que se procura alcanzar. Es la justicia a la que aspiran los Estados de una manera original.

Esta justicia distributiva, hace pues alusión, según se aprecia, a la igualdad de especies y géneros, es decir, que se estima viable en tanto existe identidad entre las cosas, como son un caballo por un caballo, un rebaño por un rebaño, es la primitiva ley del talión, ojo por ojo, diente por diente, etc., de donde deriva su carácter geométrico o exacto atendiendo a las propiedades o medidas en el plano o en el espacio; así entonces, en cuanto al género humano se predica que existe un principio de identidad o de igualdad, el que no obstante empieza a variar con la capacidad y mérito de cada individuo, que dará origen a una justicia más compleja, como lo es la conmutativa.

¹¹⁰ Es importante referir que existen otras teorías sobre la justicia, entre ellas una de las más importantes contemporáneamente la de John Rawls, quien esgrime su teoría a partir del concepto de justicia social y del principio de la diferencia o principio distributivo, según el cual la desigualdad o inequidad económica y social solo se justifica si se permite la ventaja de los más desfavorecidos o desposeídos. Esta teoría no obstante es bastante criticada también en la medida que se limita a la noción distributiva y desconoce una meritocracia que no corresponde a la responsabilidad de las personas sobre sus decisiones económicas. Concepción que además se limita a la noción de justicia distributiva. Rawls, John. Teoría de la Justicia. Fondo de Cultura Económica. México D.F. 2010.

¹¹¹ Aristóteles. Ética Nicomaquea. Versión española e introducción de Gómez Robledo, Antonio. Editorial Porrúa S.A. México 1985. “Sepan Cuantos” N° 70. Pág. 61.

Dentro de esta clase de justicia distributiva, cabría ubicar los que se denominan derechos humanos de segunda y tercera generación que atienden a la igualdad original y a la colectividad, es decir, los derechos sociales, económicos, culturales y colectivos, aunque en nuestra época los primeros y los últimos, los sociales y colectivos, no se han comprendido propiamente con relación al mérito sino al estado de vulnerabilidad del individuo sin atender a sus capacidades o merecimientos, a manera de solidaridad y dignidad de especie que es gratuito de donde inicia la igualdad de género, como algo común a todo ser humano.

Esta justicia distributiva que, se reitera, parte de la noción de igualdad, se ha concebido también como una justicia original en cuanto a consenso inicial social se refiere, que busca establecer equitativamente la repartición de los deberes y derechos fundamentales, también denominados cargas y ventajas, respectivamente, para satisfacer el máximo bienestar de los asociados, lo cual es equiparable con una optimización de tal situación de equilibrio, como la que propone el utilitarismo bajo la égida de *“la mayor felicidad para el mayor número”*, que conlleva a que *“...cada uno actúe en pro del interés general y no del suyo y con exclusión de los otros...”*¹¹², interés particular que identifica con intereses de grupo o “siniestros” y que deben ceder al interés general.

Esta situación de optimización, es igualmente equiparable al óptimo de Vilfredo Pareto, quien como economista italo-suizo, acogiendo un modelo de utilidad ordinal, esto es, preferencial o cualitativo, a diferencia del cardinal, numérico o cuantitativo, sostuvo como economía de bienestar aquella situación en la que ya no es posible mejorar a alguien sin desmejorar a otro. Así por ejemplo, se plantea como hipótesis jurídica, el derecho de libertad, que en su integridad equivale al 100%, pero que distribuido entre cinco personas, a cada una le correspondería un 20% del mismo, lo que implica que tal derecho es así limitado por el de los demás

¹¹² Stuart Mill, Jonh. El Utilitarismo. Trad. Esperanza Guisán. Madrid. Alianza Editorial. 1984. Pág. 35. Obra Citada por Plazas Vega, Mauricio. Ideas Políticas y Teoría del Derecho. Editorial Temis y Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia. 2003. Pág. 130.

en idénticas proporciones, y si acaso se quiere favorecer a un miembro de los cinco con un porcentaje mayor, indefectiblemente se afectará el derecho de los otros.

Esta hipótesis óptima de equilibrio y de máximo bienestar posible de la mayoría, es la que se ha pretendido fundamentar dentro de la justicia distributiva original propia de una teoría contractualista del Estado, que sin embargo, se estima en esta investigación, no corresponde a la realidad, pues dicho consenso no ha existido originalmente, sino que por el contrario, los hechos sucedieron de manera dinámica y espontánea, con intereses contrapuestos en los que se impusieron lo más fuertes, y que no obstante se ha tratado de revertir de manera retroactiva a través de este tipo de reflexiones.

En efecto, si bien se ha pretendido formular teorías distributivas originalmente, lo cierto es que ello solo se proyecta retrospectivamente de manera teórica con respecto a los derechos, como abstracciones mentales, más no de los bienes y servicios materiales o reales, que hace letra muerta tales derechos, que siendo facultades subjetivas se ven vacíos en su contenido, pues qué sentido tiene el derecho de propiedad actual para quien no ostenta ningún dominio anterior, es la situación que se ha pretendido corregir con los sistemas económicos, especialmente por el socialismo y el comunismo.

Con todo, la cultura occidental y aún la oriental, han estrechado sus distancias, para adoptar un modelo económico y jurídico intermedio, como es el modelo capitalista influenciado por la noción de Estado Social de Derecho, como solución equilibrada entre el Estado liberal clásico de Derecho y el Estado socialista, que trata de armonizar tanto la parte social distributiva con el individualismo conmutativo o equivalente y que concilia el interés individual con el interés general, con prevalencia de este último, apotegma que por cierto no es nuevo, pues ya se conocía desde las instituciones romanas. Así dentro de la distribución

social “original”, se incluye y arriba a la justicia conmutativa en la sociedad actual, que está vigente en cuanto a intercambio de mercados y patrimonios individuales.

El problema pues reside en determinar qué bienes y derechos son exclusivamente de interés individual y cuáles son de interés “universal”, más bien mundial. Así se tendrá que afirmar que serán individuales los que corresponden directa y exclusivamente al interés particular, como los derechos patrimoniales valorables monetariamente, y los “universales” al interés de las mayorías, invaluable económicamente por su naturaleza, como verdad de perogrullo, al que hay que agregar no obstante su carácter fundamental, personalísimo o esencial para este último evento y que sí se aprecian susceptibles de ser objeto de una justicia distributiva en la que se predica la igualdad de derechos por el simple hecho de corresponder al género humano, por corresponder a unas condiciones esenciales originales para el desarrollo y evolución individual.

Así entonces, son derechos patrimoniales, y por tal exclusivamente individuales, por ejemplo: el derecho real de dominio o propiedad, la servidumbre, el crédito, la prenda, etc., cuya característica es la de ser valorables en dinero, en tanto que serán derechos de interés ético mundial, por ejemplo, el derecho a la vida, a la libertad, a la salud, al nombre, a la dignidad, entre otros, que si bien pueden ostentar un carácter particular desde el punto de vista subjetivo, su trascendencia se eleva a valor moral, no monetario, susceptibles por ende de distribución por conducto del Estado para su protección y amparo.

Entonces se aprecia la diferencia entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales, los primeros con raigambre ético o axiológico, originales, y los segundos, económicos, de desarrollo, cuyo amparo o protección se dan de manera directa e inmediata para los primeros, en tanto que para los segundos se dan de manera indirecta o derivados de la violación de los primeros. Siendo

entonces la justicia distributiva propia de los derechos fundamentales por su carácter igual esencial y solidario.

En cuanto a la justicia conmutativa o correctiva, Aristóteles la subclasifica para las transacciones privadas, en términos jurídicos de derecho subjetivo: en voluntarias e involuntarias: dentro de las primeras ubica los actos lícitos como la compraventa o los contratos en general, dentro de la segunda establece los actos ilícitos como son los delitos, este último que corresponde a la teoría de la responsabilidad extracontractual o delictual. *“Más lo justo en las transacciones privadas, por más que consista en cierta igualdad, así como lo injusto en cierta desigualdad, no es según aquella proporción, sino según la proporción aritmética” (...)* *“La ley atiende únicamente a la diferencia del daño y trata como iguales a las partes, viendo solamente si uno cometió injusticia y otra la recibió, si uno causó un daño y otro lo resintió” (...)* *“Del que tiene más de lo que era antes suyo se dice que ha obtenido un provecho, y del que tiene menos de lo que tenía al principio, que ha sufrido una pérdida”.*

Entonces, esta clase de justicia conmutativa hace referencia a las relaciones intersubjetivas individuales y se aprecia de los vínculos contractuales y extracontractuales, valorables económicamente, como es el caso de la responsabilidad y según la teoría de los derechos subjetivos patrimoniales, es decir es la justicia correspondiente a los derechos patrimoniales. En lo conmutable se ve pues cierta reciprocidad sinalagmática o que es directamente proporcional y que por ende conlleva un sentido de equilibrio más desarrollado intelectualmente.

Esta justicia conmutativa, entonces a diferencia de la distributiva, no se da estrictamente entre iguales sino que, *contrario sensu*, se reconoce un grado de diferencia que por ende demanda una equivalencia de valores, y por ello aduce Aristóteles, se acude a la aritmética, donde la medida numérica proporciona la posibilidad de “igualar” o contrastar cosas que por su naturaleza son disimiles. Así

en el trueque o en la compraventa, donde se dan o intercambian objetos distintos en su esencia pero que se miran como equivalentes el uno al otro según el cálculo aritmético o monetario.

De lo afirmado por Aristóteles se avizora entonces que la responsabilidad por daños, no corresponde a una justicia distributiva, sino a la conmutativa, siendo ello así además porque la naturaleza del daño hace que éste, las más de las veces, no pueda ser revertido de igual manera, debiendo por ende ser calculado de forma equivalente a un valor patrimonial que tiende a compensar el perjuicio, amén que su carácter es de derecho patrimonial o económico, no fundamental.

Así la responsabilidad, que alude al que es llamado a contestar, se muestra por esencia como parte de la justicia conmutativa que consiste también “...*en dar a cada uno lo que le corresponde o pertenece...*”¹¹³, en este caso según su diferencia, pues en tratándose de justicia distributiva rige el mismo principio, solo que aquí se predica a partir de la identidad o igualdad, donde incluso cabe aún también el mérito de ello. Merece o no hacerse cargo de un acto suyo. Aquí se podría acomodar un poco mejor los derechos humanos de primera generación en su aspecto dinámico por naturaleza, que atienden a la libertad y a la protección de la propiedad dado su carácter individual y económico, propio de un Estado liberal clásico o de derecho bajo la premisa del *laissez faire, laissez passer* (Dejar hacer, dejar pasar).

Esta cualidad individualista, dinámica, no obstante, no implica que los derechos fundamentales en general, tanto los de primera, segunda y tercera generación, no correspondan al unísono a una justicia distributiva, estática si se quiere, en su sentido original u originario, sino que los derechos individuales, pese a su carácter original distributivo, se dimensionan realmente acorde a la capacidad y aspiración

¹¹³ Diccionario de la Lengua Española. Virtual.

de cada sujeto de derecho que reviste su carácter económico y dinámico, plano en el que opera su aspecto conmutativo dada la diferencia de estas.

De esta manera se observa que el derecho a ser resarcido de un daño, es por antonomasia, un derecho patrimonial, y como tal individualista que ha de ser considerado o juzgado por una justicia conmutativa y no distributiva como erradamente se ha venido estableciendo, pues este último aspecto es propio de los derechos fundamentales como influjo ético social, que como condiciones mínimas de igualdad frente a los demás, no obstante le permite dimensionarse individualmente, y por ende diferenciarse, según sus aspiraciones y concepciones de manera exclusiva a través de los derechos patrimoniales¹¹⁴. De tal suerte que el prisma de juzgamiento, distributivo o conmutativo, estará determinado, según se encuentre el individuo en el plano fundamental o patrimonial, respectivamente.

Empero, lo anterior no es óbice para advertir que tanto en la justicia distributiva como en la conmutativa, parten del esquema general de la obligación jurídica que ata o vincula en relación intersubjetiva o interpartes, *iuris vinculum*, a partir de la voluntad de los individuos o por un hecho suyo, doloso o culposo, es decir, que ambas formas de justicia toman como eje del equilibrio al sujeto como causa de la obligación, bien por su libre querer, obligaciones voluntarias, o bien por sus acciones o hechos y que da lugar a las fuentes clásicas de las obligaciones, como son el contrato, el cuasicontrato, el delito y el cuasidelito, en tanto que la ley como fuente se limita a tipificar las anteriores.

Ello connota que la justicia en sus dos aspectos referidos, toma como punto de equilibrio a la relación intersubjetiva que surge del individuo como causa directa de

¹¹⁴ Esta postura equilibrada permite eliminar el conformismo y mediocridad que surge del individuo que pertenece a un sistema enteramente socialista que se limita a esperar que el Estado o el sistema le brinde todos los medios de subsistencia, y por otro, concilia el egoísmo salvaje y destructivo del capitalismo, que no obstante mantiene en su esencia el carácter competitivo del individuo que lo lleva a querer mejorar *motu proprio* su situación, y que conlleva a la evolución de la especie.

la obligación, bien por su propio albedrío o bien por un hecho propio que ha generado consecuencias jurídicas, pues no es justo hacer responsable a quien no es causa de ello, toda vez que la justicia tradicional incluye o involucra solo a los protagonistas del vínculo jurídico en la medida en que han intervenido en él.

Nociones éstas en las que no encasilla propiamente la idea de justicia como la que ha venido proponiendo un aspecto solidario de bienestar tal como sucede con el Estado Social de Derecho, que propende por obligaciones sin consideración a dicho vínculo causal, donde es posible reclamar a quien no ha sido la causa voluntaria o involuntaria de la fuente obligacional.

Tal justicia podemos llamarla solidaria o de bienestar, que no mira ya a la identidad simétrica de causa-efecto entre sujetos (*Vínculo accipiens - solvens*), sino que procura proteger y garantizar ese conjunto de condiciones mínimas básicas de igualdad o eventualmente los derechos patrimoniales dada la trascendencia de su afectación entre los sujetos de derecho buscando satisfacer la ausencia o imposibilidad de responsabilidad de un sujeto *solvens*, y que observa conviene reemplazar para resarcir o reparar a su víctima por conducto de otro sujeto de derecho diferente del causante de la obligación o desequilibrio jurídico. Más dicha solidaridad como se aprecia no implica responsabilidad propiamente dicha en su sentido original, pues tan solo se limitaría a corregir subsidiariamente dicho desequilibrio, tal como propone un sistema de seguridad social, que no entraña en manera alguna responsabilidad del Estado o de las personas jurídicas, pues en seguridad social todos hacen aportes para tales contingencias, sin que por ello sean responsables de las mismas, más que subsidiariamente.

Esta justicia solidaria o de bienestar, encuentra entonces su límite y aplicabilidad en su carácter subsidiario, remanente, o auxiliar, que solo surge excepcionalmente en defecto de la justicia distributiva y conmutativa, y que busca garantizar la

protección de las víctimas de violación de derechos y de daños, así se ha visto que se protege a las víctimas de terrorismo, de hechos de la naturaleza, como terremotos, etc., es decir en tratándose de derechos fundamentales, pero también se ha extendido la protección solidaria en aspectos patrimoniales dada su trascendencia de equilibrio económico y social, como por ejemplo la ley 222 de 1995, con su régimen concursal que prevé la forma de facilitar un acuerdo de recuperación de los negocios del deudor con miras a evitar su liquidación forzosa, hoy regulado por la ley 1116 de 2006, Régimen de Insolvencia Empresarial.

Esta justicia de bienestar, no fue conocida entonces en la antigüedad como institución jurídica cuando menos, y como fenómeno actual que surgió con el cristianismo, representa un avance social de estabilidad, que no obstante es subsidiaria o emergente de la justicia distributiva o conmutativa. Que por otro lado no consulta el concepto tradicional de obligación que surge bien de la voluntad del individuo o por un hecho suyo, doloso o culposo, siendo que en la justicia de bienestar no cabe hablar entonces de responsabilidad propiamente dicha como infortunadamente ha venido haciendo carrera, pues aquí la obligación ya no se contrae por voluntad de un sujeto o por un hecho suyo (por ser causa), sino por bienestar general, lo que ha hecho que se le identifique impropriamente con la justicia distributiva al trasladar la obligación a todos por intermedio del Estado, desconociendo el aspecto medular que consulta esta forma justicia a partir de la causa de la obligación, lo cual no acontece con la justicia solidaria como se vio.

Con todo, cabe reiterar que el derecho a ser resarcido, representa un derecho patrimonial y como tal ha de ser juzgado principalmente a través de la justicia conmutativa, y subsidiaria, remedial o eventualmente, por una justicia solidaria según amerite la trascendencia del caso, ya que esta justicia que se hace por solidaridad de género, desconoce la justicia particular del caso concreto entre sujetos de derecho determinados por el vínculo de causa-efecto, llevándola a un plano general que desecha tal vínculo y que de dejar de ser regla excepcional

conllevaría a la despreocupación irresponsable de los verdaderos protagonistas y causantes de los desequilibrios jurídicos.

Un ejemplo de justicia distributiva lo encontramos en la *litis* que puede surgir cuando un empleador viola respecto de sus trabajadores el principio de derecho laboral según el cual “a trabajo igual, salario igual”, allí la responsabilidad por violar tal derecho corresponde al empleador, como es apenas justo, y no en otro sujeto de derecho, quien tienen el deber de repartir adecuadamente el salario en proporción al trabajo, lo cual involucra un derecho fundamental, como es la igualdad, pues existe algo común, el salario. En tanto que un ejemplo de justicia conmutativa se desprendería del conflicto surgido en el incumplimiento de contrato de compraventa, no solo porque existe diferencia sustancial entre el precio y el objeto vendido, sino porque el perjuicio causado solo se puede calcular por conducto de un valor económico, es decir patrimonial. Obsérvese que ambas formas de justicia miran al individuo como causa y efecto del vínculo jurídico a partir del cual se procura restablecer el equilibrio afectado, lo cual no sucede en la justicia de bienestar.

Por otra parte, retomando las dos esferas de justicia distributiva y conmutativa no son incompatibles, como no son incompatibles el Estado Liberal clásico y el Estado Social que, se reitera, han entrado a integrarse bajo el concepto de Estado Social de Derecho, que comprende y armoniza los derechos de las tres generaciones, catalogados hoy día al mismo tiempo como fundamentales, *contrario sensu*, son complementarias. Esta circunstancia no debe desnaturalizar la esencia de cada uno de tales derechos, toda vez que con los mismos se buscan satisfacer necesidades y pretensiones diferentes. Como se explicara *ab-initio*, los puntos opuestos no deben ser realidades excluyentes, sino integrantes de una realidad mayor y más compleja.

Ello nos informa que la responsabilidad jurídica, específicamente la patrimonial, en su noción tridimensional, ha de atender primeramente a su carácter axiológico, esto es, al sentido y razón que comprende dicha figura jurídica, que no es otra que restablecer el equilibrio individual patrimonial que se ha perdido con ocasión de un daño por parte de quien lo ha causado, como tal comprende una justicia conmutativa que se traduce en que repare quien causó el daño y que se indemnice a quien lo sufrió. Según esta forma de equilibrio, es injusto que se llame a responder a quien no causó el daño o que no se repare a la víctima o a sus beneficiarios, pues no habría reciprocidad o identidad entre sujeto y causa del perjuicio.

Así entonces el carácter axiológico de la responsabilidad está en la justicia conmutativa que implica dos extremos: por un lado el procurar que responda el causante del daño, esto es, a quien le es atribuible o imputable el hecho; y por otro el garantizar que la víctima sea resarcida o reparada. Conmutatividad que se predica igualmente de la diferencia que existe entre el daño y su equivalencia indemnizatoria monetaria.

Ahora bien dentro de los elementos de la responsabilidad jurídica patrimonial subjetiva, podemos observar los siguientes: 1) una conducta; 2) una culpa; 3) un daño o perjuicio; y 4) un nexo causal entre daño y culpa. En tanto que en la responsabilidad objetiva solo tendremos: 1) una conducta; 2) un daño; y 3) un nexo causal entre la conducta y el daño. Tradicionalmente ha tenido preeminencia la responsabilidad subjetiva como factor preponderante a la hora de determinar la justicia que debe reflejarse respecto de la conciencia humana, objeto por antonomasia de juicio.

De allí la dificultad teórica de la tesis administrativista de la “falla del servicio”, que de un lado pretende asemejar al Estado con la capacidad volitiva del ser humano,

haciéndola estribar en un aspecto “objetivizado”¹¹⁵ por un resultado para radicar en el mismo el pretendido aspecto subjetivo de la administración. Lo que muestra la abstracción de la “falta del servicio”, es que se trata de una obligación de resultados por oposición a la obligación de medios, en la que demostrada ésta y el daño, se presume, sin reconocerlo o decirlo, la “culpa” de la administración. En efecto, según tal doctrina, siendo obligación del Estado prestar un buen servicio, basta que se presente la “falla” del mismo para endilgar responsabilidad subjetiva.

Qué justificación, en su pleno sentido cuando menos, puede tener el juicio de una conducta respecto de una abstracción, que *prima facie*, favorece a la víctima del perjuicio en su posibilidad de obtener reparación, que no es automática y por el contrario encuentra siempre enervación, en tanto que el verdadero responsable, “anónimo” las más de las veces por su propio poder, queda liberado aún incluso de una tentativa de persecución patrimonial que le permite continuar con su “linaje” y “prestigio” que lo mantienen en su *statu quo*, en nuestro caso la clase política que hace parte de los propios gremios económicos como quedara visto en la dimensión realista.

El Estado, como todas las personalidades jurídicas, cuya realidad, ideológica, nadie discute, es un hecho o producto de la conciencia humana, por cierto de algunos, pero no por ello un ser en sí mismo, y menos etéreo con capacidad volitiva, que ha servido de instrumento organizador social abanderado por sus principales dirigentes: los gobernantes, quienes han atrincherado su poder dentro del Estado, ocultando así a sus verdaderos detentadores, lo cual justamente ha motivado la inclusión de fórmulas sociales que tiendan a continuar o prorrogar la legitimidad del mismo fenómeno.

Nótese que la responsabilidad patrimonial no es una justicia distributiva y menos relativa a un aspecto social, como la que propone excepcionalmente la justicia de

¹¹⁵ Rodríguez, Libardo. Ob. Cit. Pág. 467.

bienestar y, como al parecer se ha ido comprendiendo con el transcurrir del tiempo con la extensión de la responsabilidad del Estado que ya introdujo tal concepto en una tendencia “socializadora”¹¹⁶, que ha entendido que todo daño o perjuicio debe indemnizarse por el Estado cuando no haya un responsable o éste sea insolvente, aspectos propios de la seguridad social, que no obstante no converge al concepto propio de responsabilidad, pues el acto de responder no se procura por beneficencia o solidaridad gratuita, sino que constituye una obligación plenamente exigible que, como sanción, impone compensar un daño al autor del mismo conforme a su propia naturaleza.

Ahora bien, en cuanto a la justicia como equidad, según la cual consiste en el “*enderazamiento de lo justo legal*”, pues según Aristóteles “...*esta es la naturaleza de lo equitativo: ser una rectificación de la ley en la parte en que ésta es deficiente por su carácter general*”¹¹⁷, se aprecia como una medida de derecho natural que busca componer la deficiencia legal positivista. Más este concepto no parece acomodarse al tema que tratamos, pues la responsabilidad no se encamina a enderezar el carácter de la ley, máxime cuando en realidad la equidad, como parte de lo justo, converge igualmente a un sentimiento de igualdad proporcional y recíproca, esto es, distributiva, y a su vez conmutativa, acorde a la naturaleza de lo equiparado.

La responsabilidad tiene también como principal objeto generar conciencia en el individuo de la asunción de las consecuencias de su proceder, ese sentimiento de reprochabilidad, como es la justicia, genera una sensación expiatoria en el individuo causante del daño y le representa el medio que le lleva a querer voluntariamente subsanar su conducta en procura de su propia evolución, en un aspecto que se vuelve preventivo.

¹¹⁶ Valencia Zea, Arturo. Ob. Cit. Pág. 163.

¹¹⁷ Aristóteles. Ob. Cit. Pág. 71.

La responsabilidad como asunto axiológico, se ha visto como una virtud en la que el individuo reconoce y atiende directa y voluntariamente sus deberes u obligaciones, y así se dice que una persona es o no responsable por la conducta que emprende, más sin embargo, ante la escases de dicha virtud, pese a lo deseable moralmente en cuanto toca a la libre autodeterminación de un individuo, se ha debido imponer en la conciencia del mismo a través del reproche moral que le imprime un sentimiento de culpa o insatisfacción que lo lleva a reconocer en el fondo su inequidad, entendida aquí como justicia natural según Aristóteles.

El primer esbozo de justicia se presenta como un sentimiento, amor a otro, en donde quien lo percibe, desea corregir una situación o conducta como expresión bien de su compasión o de su autocompasión, según se trate de victimario, de víctima o simplemente un tercero observador. Sentimiento que es el que impulsa a requerir una conducta consoladora o reparadora, en primer término del causante del daño para que el mismo tome conciencia y atienda o responda por su proceder así sea a través de la fuerza, en defecto de lo cual corresponderá a la solidaridad de los “buenos samaritanos”, capaces de asumir las consecuencias de otros sin más miramientos que su propio afecto por los demás, todo lo cual corresponde a un plano axiológico, que en principio se muestra como simplemente deseable y no coercible, pero que con el despertar consciente de la existencia se aviene con el tiempo como necesario.

En el carácter sentimental es que aflora la eventual dificultad de una justicia objetiva, pues no todos llegan a tal despertar y menos a tal querer, que solo se va reconociendo a medida que se generaliza una conciencia evolutiva de armonía, por ello se aprecia que dada la naturaleza primitiva y egoísta del hombre, se explicaría que se procurara en primer término una justicia conmutativa que refleje el intercambio del bien por el mal causado por cuenta de sus directos protagonistas y de manera remedial o subsidiaria por conducto de la justicia de

bienestar, un poco más laxa que la anterior, para que otro se haga cargo de la reparación no por cuenta de su responsabilidad sino de su solidaridad.

Más sin embargo, el orden de los deberes pareciera sugerir que en primer término ha de ubicarse la justicia distributiva como forma original de la justicia, pues una vez repartido en condiciones de igualdad, no tendría porque existir diferencias, las que no obstante podrían surgir con el intercambio de las mismas, justicia conmutativa, más ello tampoco se aprecia posible pues no existe diferencia, y por ende injusticia, donde todo es igual y la conmutación llevaría siempre el mismo resultado; empero, considerando que esa no es la condición natural de las cosas ni del hombre, son justicias que han de procurarse durante el *iter vivendi* de la especie.

Por otra parte hay que agregar que la justicia distributiva comprende también un aspecto de mérito y que la igualdad a la que alude no es llana sino acorde a sus propias diferencias *in natura*, es decir, relativa, pues el equilibrio que entraña la justicia atiende a tales condiciones. Efectivamente, la justicia como medida que permite obtener un juicio o dilucidación, busca equilibrar, conforme a cada peso o ponderación, el mérito de cada cual, lo que procura a su turno una competitividad a nivel evolutivo de la especie.

La naturaleza no es justa, pues la justicia es percibida, sentida y construida por el intelecto del hombre que trata de dar un orden o explicación a su existencia, sentimiento que por ejemplo le hace saber que un mentecato o un dilapidador no puede ni debe guiar a otros hombres atendiendo al desmérito de aquéllos, desmérito que deriva de su incapacidad intelectual o simplemente de su proceder.

Sentir es percibir, bien por los sentidos o bien por el intelecto, y así la justicia parece acomodarse a un sentimiento intelectual, que si bien no se rige siempre por parámetros lógicos, como da cuenta el amor por los demás, sí procura una

armonía y una coexistencia frente al amor propio y el de otros, y pese a no tener medidas geométricas o aritméticas, es determinable en la paz que despierta a quien lo percibe y desarrolla equilibradamente que le permite entenderlo. La justicia como el sentimiento, no es verificable con exactitud a la manera científica clásica, pero es expresable y por ende perceptible, y como toda percepción es fuente de conocimiento. Quién ha visto un sentimiento, seguramente nadie, pero sí todo el mundo lo ha percibido. En cambio a pesar de su abstracción, todo el mundo ha visto un número, pero quién lo ha sentido. Lo cierto es que ambos existen, bien por convención, bien por sentimiento o percepción, y por ende objeto de conocimiento.

Se reprocha por ello la falta de carácter objetivo de la justicia como axioma, objetividad que según se dice solo se logra a través de su positivización o validez formal, no obstante se desconoce que la justicia como sentimiento se objetiviza por la generalidad en su propia naturaleza informal como se ha dicho precedentemente, es decir en la generalidad del mismo sentimiento, ya que la forma es solo una de sus maneras de expresión.

Por otra parte, y retomando el sistema jurídico colombiano, se tiene que es verdad, conforme se ha visto que la jurisprudencia que estableció la responsabilidad extracontractual de tales entes, lo hizo en algunas ocasiones invocando razones de equidad o justicia, pero jamás dijo en qué consistía dicha equidad o justicia y menos de qué clase, pues para sustentarse en tales principios o valores superiores que le permitieran desplazar, reinterpretar o llenar un vacío de la ley, debió indicar en qué recaía el equilibrio o corrección de la situación, y porqué resultaba la normatividad positiva inaplicable o insuficiente, lo cual jamás realizó.

De suerte que no fue cuestión de vacío o laguna legal, tampoco de ambigüedad, pero sí se pretendió que fue por “corrección”, en términos de Alexy, hacia un

derecho natural o de justicia, que sin embargo no se explicó o argumentó nunca. En efecto adujo en su oportunidad la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que:

*“Ni el Código de Napoleón, ni el del señor Bello, ni legislación alguna del siglo pasado proveyeron sobre la responsabilidad aquiliana del sujeto jurídico, creación de la ley, se legisló solamente para la persona física. Más, la doctrina pronto llegó a comprender a las personas morales de derecho privado, y más tarde a las de derecho público, cuando el dogma de la irresponsabilidad del Estado, repercusión del concepto que por entonces se tenía de soberanía, **fue cediendo al influjo de la moral llamada a participar en las relaciones del Poder Público** con los miembro de la comunidad. Así fue como entre nosotros, al igual que en otros países, la doctrina y la jurisprudencia propugnaron la aplicación a los entes jurídicos, de algunas normas de derecho privado: los citados artículos 2347 y 2349 del Código Civil, reguladores de relaciones entre las personas naturales, respondieron a dicha tendencia”¹¹⁸.*

Tesis que en todo caso cambió por la de responsabilidad directa de las personas morales fabricada a partir del artículo 2341 del Código Civil, con sustento en que *“...la calidad de ficticias que a ellas corresponde no permite en verdad establecer la dualidad personal entre la entidad misma y su representante legal que se confunden en la actividad de la gestión”¹¹⁹.*

Por su parte en lo que toca a la responsabilidad del Estado, resulta pertinente traer a colación la exposición de motivos del proyecto del actual artículo 90 de la Constitución Política, que debe corresponder a un sustento axiológico dada su originalidad como fuente normativa, cuyo alcance se puede apreciar en la gacetas constitucionales 56 y 77, del 22 de abril y 20 de mayo de ese mismo año,

¹¹⁸ Sala de casación Civil, Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de junio de 1962. M.P. José J. Gómez. G.J. 2256 a 2259), Págs. 87 y ss.

¹¹⁹ *Ibídem.*

respectivamente, en las que el constituyente Juan Carlos Esguerra, manifestó, entre otras cosas:

“Nuestro actual sistema consagra de manera expresa apenas la responsabilidad penal y disciplinaria de los funcionarios, pero omite toda referencia a la responsabilidad de tipo patrimonial y, sobre todo, a la responsabilidad directa y objetiva del Estado.

(...)

*Por otra parte, conviene señalar que el régimen que se propone en materia de responsabilidad patrimonial del Estado no se limita a su mera consagración expresa a nivel constitucional, sino que, además, incorpora los **más modernos** – es decir, por moda - criterios sobre la materia, consistentes en radicar el fundamento de esa responsabilidad en el daño antijurídico y en su imputabilidad al órgano estatal. De esta manera se resuelve el problema que hoy ya plantea la evidente insuficiencia del criterio de la llamada “falla del servicio público”, dentro del cual no caben todas las actuales formas y casos de responsabilidad patrimonial, tales como el de la “responsabilidad por daño especial”.*

*“En otras palabras se desplaza el soporte de la responsabilidad **administrativa, del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado al concepto objetivo de la antijuridicidad del daño** producido por ella. Esta antijuridicidad habrá de predicarse cuando se cause un detrimento patrimonial que carezca de título jurídico válido y que exceda el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social.*

“Por lo que respecta a la imputabilidad, se trata de resaltar la circunstancia de que para que proceda la responsabilidad en cuestión, no basta con la mera relación de causalidad entre el daño y la acción de una autoridad pública, sino que es necesario, además que pueda atribuirse al órgano o al Estado el deber jurídico de indemnizarlo. (...)

*“Tal como se ha redactado el artículo, cabe perfectamente la posibilidad, hacia la cual claramente **se está inclinando el derecho moderno**, de extender el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado a aquella que se deriva de los yerros de la administración de justicia y eventualmente en un futuro, también a la responsabilidad que pueda derivarse a la función legislativa.*

“Finalmente, he estimado de suma utilidad acoger ...que para proteger el patrimonio público y combatir la indolencia personal del grueso de los funcionarios públicos se le imponga al Estado el deber de repetir contra el funcionario culpable por las sumas por las que aquél hubiera sido condenado”¹²⁰.

Como se aprecia, uno de los factores que motivaron el proyecto del actual artículo 90 de la Constitución Política, fue el de estar inclinado al derecho moderno, esto es, por una cuestión de moda y usanza foránea, más que por razones de fondo o axiológicas, que creyó dar un vuelco respecto de la antijuridicidad del daño y no de la acción, es decir, una antijuridicidad del efecto y no de la causa, cuando en realidad, en relación y vínculo lógico, la primera depende de la segunda, pues el sujeto de juicio es la conducta que a su vez determina lo jurídico o injurídico, lícito o ilícito, del daño o perjuicio, aspecto que con todo corresponde ser analizado en la dimensión realista o fáctica.

Si lo anterior resulta de esta manera, no se aprecia como correctas las posturas de los autores y de la jurisprudencia que han señalado que este tipo de responsabilidad de los entes jurídicos se efectúa por razones de equidad o de justicia, las que ni siquiera entran a definir con miras a verificar sus asertos. Luego por este motivo se muestra infundada tal responsabilidad, que además, como se indicó corresponde a una justicia conmutativa que implica que el Estado no es en justicia el responsable extracontractual del proceder de sus agentes. Aspecto que

¹²⁰ Gaceta Constitucional N° 56 del 22 de abril de 1991. Págs. 47 y ss. Consultado el 16 de junio de 2011 en: http://www.elabedul.net/Documentos/Temas/Asamblea_Constituyente/Gaceta_056.pdf

además deberá concatenarse con las restantes dimensiones que seguidamente se estudiarán.

Ahora bien, es sabido que el Estado colombiano se definió por la Asamblea Constituyente, representante de los principales gremios económicos y élites políticas, como Estado Social de Derecho, cuya noción sugiere un establecimiento de un Estado “distributivo” (más bien de bienestar) atemperado por la idea del Estado liberal clásico, dentro de lo que es susceptible de distribuir, como son algunos bienes esenciales.

Si el objeto de la responsabilidad es determinar, señalar, atribuir o imputar a un sujeto o individuo un efecto o consecuencia jurídica, en nuestro caso, patrimonial, no se ve como dicha figura es desnaturalizada para referirla a una cosa o conjunto de cosas valorables en dinero que por el contrario impide arribar a la teleología de la responsabilidad. Si la cuestión se ha querido justificar a través de una justicia “distributiva”¹²¹, equivocadamente por cierto como se ha visto, la cual pugna por repartir entre iguales un aspecto que es común, no resulta coherente que se hable allí de responsabilidad, pues el daño no es común y menos su causa, como tampoco puede afirmarse que quien causó el daño está en la misma condición de quienes no lo causaron.

En un sistema de bienestar, no cabe interrogar quién o qué ha sido la causa de un daño, basta tan solo el resultado, siendo un desgaste hacerlo, pues bastaría solo que acontezca el daño para proceder a repararlo, sin ningún costo o apremio patrimonial al causante, quien por lo demás no se esforzaría por evitarlo en sucesivas circunstancias, desapareciendo su carácter preventivo.

¹²¹ Se debe recordar que formalmente se hace alusión a la justicia “distributiva” que en realidad se identifica con la justicia de bienestar, las cuales como se propuso son diferentes, pero que no obstante la mayoría identifica como tal.

La responsabilidad patrimonial implica indemnizar, resarcir, reparar o compensar pecuniariamente un daño, en donde se busca por lo tanto obtener una equivalencia entre elementos que por su naturaleza son diferentes y por tanto no susceptibles de un juicio o discernimiento “distributivo” sino conmutativo. De hecho compensar significa “*Igualar en opuesto sentido el efecto de una cosa con el de otra*”¹²², es decir, se igualan cosas que por su naturaleza son diferentes, siendo por tanto la indemnización una forma de determinar o equiparar el valor económico de unos daños, por esencia distintos.

Luego hasta aquí, la dimensiones realista y *dikelógica* nos sugieren que el destinatario de una responsabilidad jurídica patrimonial es, por un lado, quien ostenta la capacidad volitiva, en tanto que, por el otro, indica que la responsabilidad busca equiparar aritméticamente lo que es diferente por naturaleza o esencia, como es el daño con respecto a su valor patrimonial, lo cual solo se logra por vía de la justicia conmutativa, como quedó visto, siendo que quien causa un daño, se encuentra en un plano diferente respecto de quien no lo ha causado y por ende es ajeno al mismo y mal puede distribuírsele dicha carga como apunta la justicia distributiva que se predica de una igualdad de condiciones, lo cual no acontece en nuestro caso, donde no existe identidad o igualdad, ni por objeto (compensar) ni por sujeto (causante del daño).

3. Dimensión formal o positivista de la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas y del Estado.

Uno de los avances de la ciencia jurídica, según se ha dicho, ha sido ubicar a los entes jurídicos y al Estado dentro de un sistema con carácter de sujeto de derecho, es decir como personas jurídicas, de las cuales es el Estado la principal, con capacidad de goce y de ejercicio, cuyo actuar se desarrolla por conducto de sus agentes quienes actúan como “órganos” de aquél, actuar que también es

¹²² Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima segunda Edición. 2001.

susceptible de irrogar perjuicios a sus administrados, debiendo responder por estos de manera directa, según se ha dicho.

El derecho positivo colombiano, como ha podido quedar insinuado ya, se compone o estructura de manera principal por la ley y, de manera excepcional o subsidiaria por la jurisprudencia que se habilita para hacer derecho únicamente en los casos de laguna o ambigüedad legal y/o por violación de mandatos o principios superiores. Luego entonces la dimensión positivista de la responsabilidad patrimonial ha de ser estudiado bajo la noción de legalidad y en su defecto el jurisprudencial, limitada a los aspectos antes referidos.

Bajo el concepto de validez formal, tales agentes de los entes jurídicos y del Estado, pueden obrar de dos maneras: una lícita y otra ilícita, legal o ilegal, respectivamente, y en ambos casos es posible causar perjuicios a terceros. Es decir, que el problema de la responsabilidad patrimonial se estudia en esta dimensión a la luz de la legalidad que comprende el positivismo jurídico, bien sea el tradicional o el analista. Es en este punto, que resulta pertinente hacer alusión al daño jurídico y al daño antijurídico, que corresponden en su orden a la licitud o ilicitud de la conducta.

3.1. Responsabilidad patrimonial de los entes jurídicos de derecho privado frente al régimen normativo colombiano.

No obstante lo expuesto, es necesario previamente recordar lo que en la parte descriptiva de este trabajo se realizó en tratándose de las personas jurídicas de derecho privado, en donde se advirtió que el sistema positivo colombiano, definido principalmente por su sistema de codificación, según quedó visto, no previó una responsabilidad patrimonial de las personas jurídicas, no por omisión o vacío legal, sino porque el sistema adoptado en el Código Civil, como principal obra decimonónica legislativa, concibió a las mismas como un ente ficticio con

capacidad “...de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles...”¹²³, esto es, contraer y ejercer obligaciones lícitas producto de su objeto, las ilícitas no fueron previstas ni a título de dolo ni de culpa, solo se habla de voluntarias, pues la noción de personalidad jurídica siguió la tesis de Savigny, que no concibió una capacidad delictual en la misma dado el carácter artificial de dicha personalidad. Lo delictual encuentra por naturaleza aspectos morales como la vida, la libertad, etc., caracteres axiomáticos que no resulta posible descifrar o enjuiciar en tratándose de abstracciones.

Para esto es menester aclarar que conforme a la tradicional y clásica fórmula de las fuentes de las obligaciones, la responsabilidad civil extracontractual emerge principalmente del delito y del cuasidelito, esto es, del dolo y de la culpa, respectivamente, consistiendo el primero en la intensión positiva de causar daño¹²⁴ y el segundo de cualquiera de los generadores de culpa, que se desprenden de la impericia, la negligencia, la imprudencia o el desconocimiento de los mandatos legales, en donde no existe una intensión, pero sí un descuido, una omisión o descarga de una actividad que perjudica o daña a otro.

Para el caso de las persona jurídicas, el artículo 640 del C.C., dispone que “*Los actos del representante legal de la corporación, en cuanto no excedan de los límites del ministerio que se le ha confiado, son actos de la corporación; en cuanto excedan de estos límites sólo obligan personalmente al representante*”, con lo cual establece una responsabilidad limitada a los actos lícitos y propios del objeto corporativo de tal ente, resultando los restantes, esto es, los ilícitos o que excedan su objeto, inoponibles, tal como acontece con los actos de responsabilidad extracontractual o delictual, como también se le conoce, pese a que la doctrina solo ha empleado dicho término de inoponibilidad para referirse a la teoría del

¹²³ *Ibíd.* Art. 633.

¹²⁴ Artículo 63, inciso 6° del C.C.

negocio o acto jurídico que identifica solo con el contrato o teoría de la convención, es lo cierto que también cabe predicarse en lo extracontractual.

Por su parte el Código de Comercio tampoco reguló o concibió una responsabilidad de las sociedades comerciales como personas jurídicas, disponiendo en su artículo 98, inciso segundo que: *“La sociedad, una vez constituida, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados”*, más sin embargo no estableció su régimen de responsabilidad, ya que éste se rige de manera especial por cada forma societaria en la que se regula la manera de responsabilidad de los socios, no de la sociedad comercial; así por ejemplo en la sociedad colectiva se dispone que *“Todos los socios de la sociedad en nombre colectivo responderán solidaria e ilimitadamente”*¹²⁵, o para la sociedad limitada *“...los socios responderán hasta el monto de sus aportes...”*¹²⁶, y aún para las sociedades de capital, como la sociedad anónima, que se conforma *“...por accionistas responsables hasta el monto de sus acciones”*¹²⁷. Como se aprecia la responsabilidad se predicó legalmente respecto de los socios, bien de manera ilimitada o bien limitada, pero nunca de la personalidad jurídica.

No empuje lo anterior, hemos visto que el poder creativo de fallador, que solo puede surgir ante el vacío, la ambigüedad de la ley o la violación de la misma de valores o mandatos superiores, como los derechos humanos, procedió a adoptar “modernamente” una teoría de responsabilidad directa de los entes jurídicos, lo cual no se aprecia consulte los casos en que es posible realizar jurisprudencia, pues simplemente ese no fue el régimen acogido por el legislador, quien es el democráticamente legitimado para establecerlo.

Cuando la jurisprudencia creyó adoptar doctrinas “modernas” que pugnaban por la responsabilidad de aquéllas, ignoró y desconoció que realmente usurpaba las

¹²⁵ Artículo 294 del Código de Comercio.

¹²⁶ *Ibíd.* Art. 353.

¹²⁷ *Ídem.* Art. 373.

funciones del Congreso so pretexto de una labor hermenéutica que no cabía para tales eventos, lo que hace perder el equilibrio que debe existir entre seguridad jurídica y objetividad, máxime si la ley ha sido concebida inicialmente como garantía de seguridad y protección de los administrados, contra la cual pesa, para quien debe apartarse eventualmente de la misma, la carga argumentativa o justificativa para ello, lo que solo procede en los cuatro eventos referidos.

Podría objetarse sin embargo, a través de una hermenéutica sistemática, que el Código Civil, reguló en su Libro Primero, Títulos I a XXXVI, artículos 73 al 652, todo lo relativo a las personas, entre ellas las jurídicas o morales, y en sus Libros subsiguientes sus bienes, sucesiones, derechos y obligaciones, etc., es decir todo lo que se predica de los sujetos de derecho, con la cual cabría concluir que efectivamente a los entes jurídicos les resultaría aplicable también las normas de responsabilidad en todas sus formas.

Empero, cabe replicar que no todas esas consecuencias y expresiones jurídicas son susceptibles de predicarse de las personas jurídicas, como sucede con las instituciones de familia, amén que su alcance fue regulado estricta y restrictivamente por el Libro Primero, artículos 633 a 652 *ibídem*, que como se indicó ya, en su artículo 640 delimitó la forma y alcance de los actos que obligan a este sujeto de derecho.

De esta manera, se demuestra que la responsabilidad extracontractual de los entes jurídicos de derecho privado carece de asidero legal o positivo, y que *contrario sensu*, correspondió a un influjo jurisprudencial, que entró aparentemente a corregir un aspecto axiológico o de justicia de dicha teoría con respecto a tales entes, criterio que no obstante no ha sido nunca realmente sustentado sino de manera eventualmente implícita en una mal concebida justicia distributiva y en una supuesta equidad que menos se ha sabido explicar. Influjo jurisprudencial que en todo caso no se aprecia estuviese habilitado para ello.

3.2. Responsabilidad patrimonial del Estado y sus elementos normativos: daño antijurídico e imputación.

Ahora bien, en lo que respecta a los entes públicos o responsabilidad del Estado, cuya descripción normativa se efectuó en la parte preliminar de esta investigación, es menester referir que el artículo 90 de la Constitución Política estructuró dicha responsabilidad a partir de los conceptos de daño antijurídico e imputación, lo cual requiere de un análisis conceptual para nuestro objeto.

A este respecto, el positivismo jurídico, y algunas de sus variantes, nos llevan a indagar por el concepto mismo de responsabilidad, cuyo concepto ya se describió al inicio de esta investigación, frente a las nociones formales de personalidad jurídica, también descrita en la parte inicial, daño antijurídico e imputación, tópicos esenciales que irónicamente no describe, las más de las veces como debiera, el sistema normativo que las propone.

Así tenemos que el tema de responsabilidad jurídica patrimonial, no aparece definida en el sistema legislativo colombiano, que solo se limita a señalar que *“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”*¹²⁸, en tanto que el artículo 90 de la Constitución Política, citado en la primera parte de esta investigación, solo se refiere a la responsabilidad del Estado por el daño antijurídico sin definir algún aspecto.

En lo que hace a la responsabilidad del Estado, la Constitución de 1886 jamás reguló una responsabilidad del mismo, por el contrario estableció una responsabilidad de sus funcionarios o servidores públicos, como bien lo establecía el artículo 20 del mismo texto político, que a la letra disponía: *“Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y las*

¹²⁸ Artículo 2341 del Código Civil colombiano.

Leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y razón y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de estas". Así dibujaba una variedad de diferentes situaciones de responsabilidad general o jurídica de los funcionarios de cada rama del poder público, como eran los arts. 21, 51, 62, 76 N° 21, 12, 122, etc.

A pesar de lo cual establecía como forma de responsabilidad del Estado la única, tradicional y original con respecto a la expropiación, según se desprendía del artículo 33 *ejusdem*, pues era el único evento en que se consideraba que el Estado causaba un perjuicio como producto de su obrar lícito o legal, pero que en función de proteger la propiedad privada, que garantizaba el Estado liberal clásico, permitía que se reconociera una indemnización con ocasión de la prevalencia del interés general sobre el particular, típico caso del daño jurídico. Precepto en el que no se concebía tampoco una capacidad delictual y menos por parte de la principal persona jurídica del sistema normativo.

No obstante, la responsabilidad del Estado vino a consagrarse jurisprudencialmente al igual que en el derecho privado por obra inicial de la Corte Suprema de Justicia, y que retomó posteriormente el Consejo de Estado. Pero fue con el texto de la Constitución de 1991, tal como quedara visto *ut supra*, que se sustentó positiva y formalmente la responsabilidad patrimonial del Estado, sin definirla o indicar sus elementos, caracterizándolo únicamente por las expresiones daño antijurídico e imputabilidad producto de la acción u omisión de las autoridades públicas.

Es decir, que positivamente, se estableció un régimen de responsabilidad del Estado, sin que se distinguiera si era contractual o extracontractual, y si las expresiones de daño antijurídico e imputabilidad eran extendibles en ambos casos, pues la práctica jurisprudencial parece haberlos entendido únicamente para la segunda forma de responsabilidad. Estos vacíos o ambigüedades sí resultan

susceptibles de ser llenados o interpretados por la jurisprudencia, lo que no obstante debe ser coherente con el sistema, sin desconocer que aun así resulta paradójico para un sistema administrativo como el nuestro, que tiene como estandarte el principio de legalidad, que su formación se engalane en un derecho pretoriano.

Lo anterior, sin embargo, no releva al positivista de una solución jurídica, que es la de buscar analíticamente¹²⁹ en los conceptos propios de las instituciones o figuras jurídicas que no le suministra la ley pero sí las convenciones lingüísticas, como los diccionarios o libros especializados para el efecto, como es la doctrina misma o la jurisprudencia que a su vez se ha valido previamente de los primeros, y aquéllos seguramente por principios o axiomas tildados de derecho natural, que parece volver circular la cuestión.

3.2.1. El Daño antijurídico y el daño jurídico.

Como quiera que la responsabilidad patrimonial del Estado se dispuso positivamente a través de los conceptos de daño antijurídico e imputación, menester resulta proceder al análisis de la primera noción que atiende a la licitud o ilicitud de una actividad, pues lo antijurídico hace suponer que es opuesto a lo jurídico. Este concepto de daño, que puede ser jurídico o antijurídico, que es lo que dentro del positivismo permite que el agente causante del daño se mueva entre la legalidad y la ilegalidad, debe ser precisado entonces de manera conceptual como lo propone el neopositivismo jurídico.

¹²⁹ Esto es lo que se conoce como neopositivismo

Así tenemos que el daño proviene del latín *damnum* y este del griego *damáo*, que significa como sustantivo detrimento, menoscabo, perjuicio o pérdida¹³⁰, y que como verbo implica causar¹³¹ esos mismos efectos.

Pero el concepto que en realidad nos importa analizar es el de su adjetivo, es decir, el de antijurídico por oposición al jurídico. Así se ha dicho lacónicamente por la doctrina administrativista que el daño antijurídico consiste en aquel en el que “...el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo”¹³², a cuyo precepto se soslaya siempre como caso típico la teoría de las cargas públicas, como aquellas incomodidades que deben tolerar los ciudadanos por obras públicas.

Cabe destacar empero, que en efecto allí no surge propiamente una obligación de reparar pues no existe realmente un perjuicio y, si eventualmente se presenta es de carácter irrisorio, lo cual se identifica con lo que en el sistema inglés se denomina *public or private nuisance*, fastidio público o privado, que no trasciende al aspecto económico sino al moral o sentimental, por demás difícilmente objetivable, que en todo caso es tolerable en nuestro sistema, pues cuando el perjuicio sí resulta de tal trascendencia la ley y la Constitución han ordenado su indemnización, como acontece en la expropiación, en la ocupación de inmuebles y aún en la teoría del daño especial que excede esas “cargas” regulares, que a pesar de ser cargas que debe tolerar el particular son indemnizables por su magnitud y por ende son daños jurídicos.

Para este particular, resulta ilustrativa la referencia que de daño antijurídico y jurídico realiza el tratadista Adriano de Cupis:

¹³⁰ Diccionario Latino Español. Blanquez Farile, Agustín. Editorial Ramón Sopena S.A. Barcelona, España. 1950.

¹³¹ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima Segunda Edición. 2001. Tomo I.

¹³² Rodríguez, Libardo. Ob. Cit. Bogotá D.C. Pág. 455.

“En cuanto hecho jurídico, el daño constituye, como se ha expresado, una especie del daño entendido simplemente como fenómeno de orden físico. ...El Derecho elige los hechos que quiere investir de una calificación propia; cómo tenga lugar esta elección en la esfera de los daños, es lo que en este momento nos proponemos examinar.

“La elección recae, ante todo, en el daño ocasionado por un acto humano antijurídico, y es éste, precisamente su aspecto visible.

“La consideración de la antijuridicidad (oposición al derecho) presupone un exacto conocimiento del concepto de derecho. La expresión <derecho> tiene diferentes significados, indicando tanto un conjunto de normas o reglas jurídicas (derecho objetivo) como una facultad de querer conformarla al derecho objetivo (derecho subjetivo) o, finalmente, como objeto del derecho correspondiente a un sujeto ...Cuando se habla de antijuridicidad, con ello se pretende referir al derecho en los dos primeros significados, o sea al derecho objetivo y subjetivo.

“El conjunto de los actos ajustados al derecho integra la esfera de los actos lícitos, mientras que, de la suma de los antijurídicos, se obtiene la esfera de los ilícitos.

(...)

La distinción de jurídico (strictu sensu) y antijurídico, lícito e ilícito, justo e injusto (sic), depende, en definitiva, del criterio de valoración propio del derecho”¹³³ (Negrilla no original).

Como se aprecia, el autor italiano pone de manifiesto una concepción positivista del derecho al referir sus dimensiones de *norma agendi* y *facultas agendi* o derecho objetivo y subjetivo en su orden, del cual infiere que lo jurídico es lo legal

¹³³ De Cupis, Adriano. El Daño. Teoría de la Responsabilidad Civil. Traducción de la 2ª edición italiana y estudio preliminar de Ángel Martínez Sarrión. Bosch, casa Editorial S.A. Barcelona España. 1975. Pág. 84.

o acorde a derecho, en tanto que lo antijurídico será lo ilegal o contrario a derecho, respectivamente. En ese sentido artificial y engañosa resulta la noción de daño antijurídico como aquel que no está obligado a soportar el ciudadano o administrado, pues el criterio objetivo está determinado es por la licitud o ilicitud de la conducta que precede al daño y como tal lo determina. *“Cuando el acto humano es no sólo jurídicamente relevante, sino más específicamente antijurídico, esta nota de antijuridicidad se extiende al daño que con él se ha producido”*¹³⁴.

Un daño que no se está obligado a soportar, insinúa más bien que es un daño que debe repararse, no que es antijurídico, y dentro del mismo cabe tanto el daño antijurídico, dado su aspecto ilegal, como el jurídico, que implica aquellas conductas que estando dentro de la licitud, sin embargo el derecho impone una indemnización dada la trascendencia del perjuicio.

“Es cierto que el daño injusto, iniuria datum, colma la atención de los juristas, hasta el punto de que se puede sostener que de ninguna otra especie de daño pueda hablarse en el terreno jurídico. Pero un examen atento de la ley revela que también el daño no antijurídico puede tener, aunque sea excepcionalmente, relevancia jurídica”.

“La antijuridicidad, repetimos, es la expresión de la prevalencia concedida por el derecho a un interés opuesto. Pero añadimos ahora, puede suceder también a cierto interés digno de prevalecer, pero preocupándose, por otro lado, de establecer consecuencias dirigidas a compensar al titular del interés sacrificado. Tiene lugar entonces, concretamente, esta situación: El daño que afecta al interés sacrificado por el derecho no es antijurídico, y la reacción que a él corresponde, no es una sanción, por la mera razón de que con ella el derecho pretende no

¹³⁴ *Ibidem*. Pág. 86.

*garantizar tan sólo la prevalencia de un interés, sino más aún, compensar al sujeto del interés que por él ha resultado sacrificado*¹³⁵.

Cabe así destacar que la hermenéutica que ha hecho el Consejo de Estado de daño antijurídico, bajo la cual incluye la noción de responsabilidad objetiva, resulta antitécnica o equivoca, pues el daño antijurídico, según ha quedado dicho, es aquel que viola la ley o atenta contra el sistema jurídico, es decir, que comprende el daño por culpa o por falla del servicio, según el sistema administrativo, más no la responsabilidad por daño jurídico, es decir aquél que sin violar norma alguna, sin falla, causa un perjuicio que el sistema jurídico no obstante obliga a indemnizar, forma de responsabilidad objetiva en el cumplimiento de los deberes legales. *Contrario sensu*, la falla del servicio se caracteriza por violar la ley, según se verá seguidamente.

A pesar de esta imprecisión, en Colombia se ha establecido la responsabilidad extracontractual del Estado bajo la noción general de daño antijurídico, que según la jurisprudencia, comprende tanto la falta del servicio como la responsabilidad objetiva: bien por daño especial; responsabilidad por riesgo creado; trabajos públicos; por ministerio de la ley: expropiación; actos terroristas; privación injusta de la libertad; por violación de derechos humanos; y almacenamiento.

Así el régimen de responsabilidad del Estado colombiano se ha estructurado, equivocadamente, desde el año 1991, a partir del concepto de daño antijurídico como noción general que, según el derecho pretoriano, comprende las especies de responsabilidad subjetiva definida por la falla del servicio, como regla general, y la responsabilidad objetiva predicada para aquellos eventos en los que no se tiene en cuenta tal concepto, como por ejemplo el daño especial, la teoría del depósito, etc.

¹³⁵ De Cupis, Adriano. Ob. Cit. Págs. 92 y 93.

Ello igualmente nos permite apreciar la inexactitud del pensamiento del profesor García de Enterría, quien como expone el tratadista y exmagistrado Javier Tamayo Jaramillo, sostiene que para que un daño sea indemnizable se requiere que este sea antijurídico, pues según el primer autor, “...ya hemos notado que no hay correspondencia entre la licitud o ilicitud de la conducta del agente y la juridicidad o antijuridicidad del daño producido”¹³⁶, sin explicar el porqué de dicho aserto, que dicho sea de paso ya no se observa venga incluido en las nuevas ediciones de su “Curso de Derecho Administrativo”¹³⁷.

Parece que el autor partió de la dimensión positiva de la licitud y de la axiológica penalista de la juridicidad que atiende a un criterio de subjetividad y justicia, pues de la misma, antijuridicidad, se afirma que es un “...desvalor de una conducta ...en la medida que ella lesiona o pone en peligro, sin justificación jurídicamente atendible, el interés jurídicamente tutelado”¹³⁸. Definición que incluye indistintamente aspectos axiológicos y positivistas del derecho.

Más el autor estima que solo es indemnizable el daño antijurídico, esto es, para él el que es injusto, no ilegal, pero no observa que injusto en este caso es aquello según la ley, es decir que prevalece el concepto positivista de licitud o legalidad que ha definido previamente un carácter axiológico, es lo que se conoce como constitucionalismo ético y que se estima conveniente extender a positivismo ético en general.

Con todo, la afirmación del profesor García de Enterría, se desvirtúa de los casos de responsabilidad objetiva, donde se aprecia, existe una conducta lícita que genera un daño lícito o jurídico, pues son conceptos que se integran bajo una

¹³⁶ Tamayo Jaramillo, Javier. La Responsabilidad del Estado. El riesgo excepcional y las actividades peligrosas. El daño antijurídico (Const. Pol., art. 90). Editorial Temis. Bogotá, Colombia. Año 2000. Pág. 30.

¹³⁷ García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Editorial Thomson, Civitas. Décimo Tercera Edición. Reimpresión 2009. Tomo II.

¹³⁸ Reyes Echandía, Alfonso. Derecho Penal. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. Año 1998. Pág. 153.

concepción tridimensional del mismo, que dan lugar a reparación por orden legal, tal como acontece en la expropiación, en la ocupación, en el daño especial, etc.

Se reitera, la ambigüedad se yergue quizás alrededor de la noción del principio de las cargas públicas, conforme al cual se enseña que el administrado está en la obligación de soportar los daños, más lo que allí no se precisa es porqué o cuándo ello sucede así. Se aprecia que el asunto puede obedecer más lógicamente al *quantum* del daño, pues realmente los daños que no son indemnizables son los tolerables e irrisorios pecuniariamente.

Ahora bien, corresponde igualmente proceder a precisar la cuestión de qué es la falta o falla del servicio como concepto de ilegalidad o ilicitud. Así se ha afirmado que es una “...proyección del deber del Estado de prestar a la comunidad los servicios públicos y en virtud de la cual el daño originado en irregularidades o deficiencias de estos, debe ser satisfecho por la administración; no juega pues, necesariamente, el concepto de culpa de un agente identificado, porque la falla puede ser orgánica, funcional o anónima”¹³⁹, es decir una “culpa objetiva o anónima”¹⁴⁰ noción que se ha hecho reposar en la actualidad en un mal funcionamiento concretado en un “estándar de rendimiento medio”¹⁴¹, y en último término en una concepción indeterminada y ambigua susceptible de filtrar toda clase de subjetividades y pareceres.

Una culpa objetiva, anónima u objetivizada, como la que predica la falla del servicio, se antoja, *prima facie*, un poco redundante y contradictoria, pues es tanto como expresar que una responsabilidad subjetiva es al mismo tiempo objetiva. No obstante parece que el asunto se encamina a establecer si una actuación se ha realizado irregularmente o con desconocimiento y/o violación de la ley formal, esto es, en el resultado de la misma. Así se puede afirmar que se infiere una culpa

¹³⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de junio de 1962, ya citada.

¹⁴⁰ Rodríguez, Libardo. Derecho Administrativo General y colombiano. Ob. Cit. Pág. 467.

¹⁴¹ Saavedra Becerra, Ramiro. Ob. Cit. Pág. 230 y ss.

(intención o voluntad) del resultado objetivo de la violación de la ley sin entrar a establecer de fondo si efectiva o materialmente ello obedeció a un dolo o culpa de la cual solo es capaz la persona física.

El servicio está definido por la función pública y ésta por la ley, y la irregularidad de la función o conducta pública se establece a partir de su desviación legal, sea de manera intencional o no, dolosa o culposa, sin que pueda afirmarse, como suele hacerse, que “*está ligado al servicio*”, pues es evidente que aun cuando no exista dolo y la conducta se predica de personal, ella obedece al fuero interno de quien ostenta el poder de controlar su proceder.

De tal suerte que el obrar o actuar pudiendo ser lícito o ilícito, el primero siempre será simplemente voluntario, voluntad entendida como control del acto, y en el segundo la voluntad aparecerá además calificada como dolosa o culposa, según que el control del acto sea intencional o descuidado.

La culpa, como ilicitud, puede configurarse entonces de dos maneras: una objetivada o formal, que aparece representada o caracterizada por un resultado obvio u objetivo como es la violación o incumplimiento del contrato o de la ley, según se trate de convención o no, respectivamente; y la segunda una forma indiciaria propiamente dicha o material que se deduce a partir de más elementos, distintos a los simplemente normativos o de legalidad, siendo un aspecto gradual, en donde la estructuración y prueba de la culpa es o no menos rigurosa según corresponda a un criterio sancionador o reparador, pues el primero involucra garantías de mayor envergadura del victimario o destinatario de la sanción, en tanto que el segundo lo es más de la víctima en procura, más que de una sanción, de una compensación.

Esta explicación encuentra asidero o coherencia en la medida en que la voluntad o intención humana, cuando menos la que no es expresa, resulta imposible, hasta

nuestros días, obtenerse a través de prueba directa, y solo podemos deducirla o colegirla indiciariamente de los hechos externos o resultados de la misma. Así por ejemplo se puede colegir, en principio, que del incumplimiento formal de un contrato, existió la voluntad material de incumplirlo.

En efecto la voluntad, cuando no es expresa lingüísticamente hablando, debe deducirse de sus otras formas de manifestación externa, como cuando alguien quiere celebrar un negocio o simplemente perjudicar a otro y, sin decírselo o comunicárselo a nadie, dispone los medios necesarios para ello, medios que integran un *iter* o camino de obrar que va dejando diferentes resultados medio que son susceptibles de verificarse por los sentidos, entre ellos el racional.

Siendo que se ha tenido por regla general la responsabilidad que atiende al aspecto subjetivo propiamente dicho, esto es al indiciario, y por excepción la culpa formal objetivada y más excepcionalmente la objetiva, estructurándose así tres formas o grados de culpabilidad: una culpa simple, material o subjetiva pura en su dimensión más amplia, cuya determinación requiere mayores elementos indiciarios dado los derechos que puede involucrar; una culpa intermedia, objetivada o formal que se estructura por un resultado objetivo que hace presumir la material, como el incumplimiento de la ley o el contrato o el daño producido en una actividad peligrosa, en el primer caso el incumplimiento equivale a la culpa misma, en tanto que en el segundo, el daño, permanece autónomo como elemento de responsabilidad pese a su nexo causal con el primero que lo determina; y una objetiva que desatiende toda noción de culpa, o mejor, la elimina.

Dentro de la culpa objetivada o formal, según quedó visto, parece acomodarse la tesis de la falla del servicio, de donde emerge aparentemente un contrasentido, pues la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido tradicionalmente que la responsabilidad del Estado por falla del servicio implica dos regímenes probatorios: uno por culpa probada y otro por culpa presunta, y según hemos

analizado, esta corresponde solo a la última referida, pues la culpabilidad se predica a partir del resultado, que es o un daño o una violación o incumplimiento normativo. Si lo que prima es la función legal, lo cual es un pleonismo, como criterio formal no se ve cómo puede regirse por un sistema propio de una culpabilidad material.

Luego debe precisarse que el régimen de falla probada del servicio, se refiere a la prueba de un resultado, que consiste en la violación o incumplimiento de la ley, no en el daño que a su vez es otro resultado, la cual parte de la culpa material y la sustituye por la formal o legal, en tanto que el régimen de falla presunta, parte de la culpa formal, que hace presumir dicha violación o incumplimiento de la ley dado lo objetivado del concepto de falla del servicio. Lo que se presume¹⁴² pues es el elemento de la culpabilidad formal, que en materia administrativa equivaldría a la noción de ilegalidad o ilicitud, que es igual a la falla del servicio, según queda visto.

Retomando, la falla del servicio, como irregularidad de la función pública o mal funcionamiento de la administración, equivale positivamente a la ilegalidad o ilicitud de la actuación, pues lo regular y buen funcionamiento es lo lícito, ya que es esto lo que autoriza la ley, así la Constitución Política refiere en su artículo 122 que “*No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento*”, en tanto que en su artículo 6º establece que los servidores públicos son solo responsables de infringir la Constitución y las leyes o por “*...omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones*”. Se recalca entonces que lo irregular es lo contrario al derecho positivo, es decir, que conceptualmente correspondería a la falla del servicio la noción de daño antijurídico, que es determinado por la conducta no por el simple resultado, pues como se advirtió no existe antijuridicidad en una actuación legal.

¹⁴² Acotando por cierto que el Consejo de Estado solo ha previsto dentro del régimen de culpa presunta los tópicos relativos a la responsabilidad médica.

La falla del servicio o funcional, correspondería en realidad a la falta de la función pública, función que como se advierte, está limitada a lo estrictamente comprendido por la Constitución y la ley, lo cual imposibilita hablar entonces de una función ilegal, pues la función es sinónimo de legalidad. Si lo anterior no fuese así, y la falla del servicio se predicara de actuaciones lícitas, entonces el daño sería siempre jurídico y no antijurídico como se ha pretendido establecer. Estar en ejercicio de sus funciones implica estar en una actividad legalmente permitida.

Por su parte, los “regímenes” de responsabilidad objetiva “desarrollados” por la jurisdicción contenciosa, equivalen al daño jurídico, pues de la tipología allí referida, se aprecia que no se tiene en cuenta la idea de falla del servicio y, *contrario sensu*, la administración actúa en derecho, como en las teorías del riesgo, del daño especial, o del depósito, etc., donde el Estado “actúa” dentro de sus parámetros legales en lo que es posible sin embargo causar perjuicios.

Corolario de lo anterior, se tiene que la falla del servicio, en tanto éste último está reglado en la ley como función pública, corresponde a un apartamiento de la actuación de la legalidad o licitud, esto es, que la falta del servicio equivale a la violación de la ley, pues es esto lo que hace que sea irregular, que a su vez en términos jurídicos es sinónimo de ilegalidad o antijuridicidad. En tal sentir la falla del servicio debe corresponder al daño antijurídico, más no la responsabilidad objetiva que responde a un daño jurídico.

Por otra parte podría argumentarse que existen actuaciones extralegales que no son antijurídicas o ilegales, lo cual es cierto, más esto carece de relevancia jurídica y por ende se incluyen dentro de los hechos o actos sin relevancia jurídica, como respirar, levantarse, dormir, etc. Motivo que lleva a afirmar que solo es lo ilegal lo que reviste carácter de irregular para la noción de falla del servicio, o mejor, se propone, de la función pública.

Colígease entonces que existe un tratamiento impropio por vía constitucional por parte del derecho pretoriano administrativo de lo que es el daño antijurídico, que en realidad debe identificarse con la noción de ilegalidad y con ella la de falla del servicio como responsabilidad “subjetiva” y como irregularidad de la actuación administrativa bajo el su principio pilar de legalidad, en tanto que la responsabilidad objetiva se contrae al daño jurídico donde el concepto de falta del servicio se encuentra ausente dada la legalidad de la actuación. Yerro al que se arribó justamente a partir del propio constituyente con ínfulas de modernismo y protagonismo antes que de reflexión como quedara visto en la motivación del proyecto normativo expuesto al analizar la dimensión axiológica de la responsabilidad.

Además de esta impropiedad, huelga agregar que conforme se definió el tema de responsabilidad para las personas jurídicas de derecho privado, al Estado le resulta igualmente predicable que su límite de actuación se encuentra detallado y descrito por la ley o la Constitución, y lo que se encuentre fuera de dicho límite le resulta ajeno e inoponible también, pues bajo una teoría cuasicontractualista, existe un marco de actuación Estatal que han impuesto los mismos ostentadores materiales o reales del poder en “representación” de las mayorías que formalmente, no materialmente, representan.

La única forma de responsabilidad que se aprecia posible entonces para los entes jurídicos en general es la del daño jurídico que emerge de su objeto y causa lícita o legal, como se recalcará al abordar la capacidad de los entes jurídicos como reflejo positivista. Esta arista, entonces es opuesta a la tesis desarrollada por nuestra jurisprudencia sobre el sustento de la responsabilidad del Estado en el concepto de daño antijurídico, pues los servidores y los entes jurídicos solo están habilitados para la juridicidad de sus actos.

3.2.2. La imputación.

Como uno de los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado, la Constitución estableció el de imputación, y así ha dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado que esta se produce con ocasión de algún título, esto es, imputación a título de falla del servicio, del daño especial, del depósito, etc.

Con todo, se precisa establecer el concepto mismo de imputación, que como verbo implica en términos generales *“Atribuir a alguien la responsabilidad de un hecho reprobable”*¹⁴³, e imputación se ha entendido como *“...una operación mental consistente en atribuir una determinada consecuencia jurídica a un hecho o situación condicionante”*¹⁴⁴.

Más se trata de un concepto que normalmente ha sido estudiado por la doctrina penal como imputabilidad, no como elemento de responsabilidad, sino como fenómeno o estado dentro de la teoría del hecho punible atinente a *“...una condición de la persona frente al derecho penal de la cual se derivan determinadas consecuencias”*¹⁴⁵. *“...ya sea que entendamos la imputabilidad como capacidad de acción o de comprensión, o como modo de ser de la persona, lo cierto es que, por este aspecto, siempre ha de referirse a condiciones somato síquicas que orientan la conducta en determinada dirección”*¹⁴⁶.

Este aspecto psicosomático, no es el que puede interesar al derecho administrativo, que incorpora tal concepto del derecho penal por considerar que es el más desarrollado en el tema de responsabilidad, ignorando naturalmente que la estructura actual de la teoría del delito fue paradójicamente obra del civilista

¹⁴³ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima segunda edición. 2001. Editorial Espasa.

¹⁴⁴ Osorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Ob. Cit.

¹⁴⁵ Reyes, E. Alfonso. Derecho Penal. Editorial Temis. Bogotá. Colombia. 1998. Pág.187.

¹⁴⁶ *Ibidem*. Pág. 191.

Rudolph Von Ihering¹⁴⁷. Más el concepto que interesa realmente al derecho administrativo es aquél que corresponde a atribuir, endilgar, señalar al autor del daño o al llamado a reparar un perjuicio.

Y de esta manera se ha dicho que *“La imputación es así un fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar un daño en base (sic) a la relación existente entre aquel y este”*¹⁴⁸. A este respecto, se ha propuesto plantear el interrogante de a quién corresponde indemnizar un daño, si al agente o al Estado, es decir, retoma el tradicional cuestionamiento de si la falta es personal o del servicio.

Como ya ha quedado advertido, a la luz del positivismo jurídico, el Estado y sus agentes, que según el realismo corresponde a los agentes y su Estado, pues son estos quienes lo maniobran y dirigen, no pueden realizar actos distintos a los descritos en la ley o reglamento que por antonomasia son legales o lícitos, luego todo acto que desborde la función pública, es personal y por ende atribuible exclusivamente al servidor público, con lo cual se reitera que solo son endilgables o imputables al Estado los daños jurídicos o lícitos.

Por otra parte, algunos autores han querido incursionar en la teoría de la imputación objetiva de raigambre penalista para los delitos de resultado, teoría que se ha hecho muy pomposa en dicho escenario, pero que en realidad esconde con nombre diferente y “sofisticado”, lo que ya ha solucionado el derecho común, pues se ha dicho que la imputación objetiva es aquella que señala como responsable apriorísticamente a quien ha incumplido un deber legal. *“Así, puede*

¹⁴⁷ Agudelo, Betancur, Nódier. Curso de Derecho Penal. Esquemas del Delito. Tercera Edición. Editorial Temis. Bogotá. Colombia. Pág. 17.

¹⁴⁸ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón. Ob. Cit. Pág. 386.

*afirmarse que la causalidad que interesa al derecho penal es aquella que adquiere una connotación jurídico-normativa, vale decir, que es jurídicamente relevante*¹⁴⁹.

Aspecto que corresponde dentro del derecho común a la responsabilidad por culpa bajo el generador de violación de un precepto legal que se ha dado en denominar eufemísticamente como imputación objetiva, la cual resulta equivocada en un sistema de responsabilidad subjetiva por excelencia como en materia penal. Esta imputación en realidad corresponde en el derecho común al nexo causal que como elemento de toda responsabilidad se exige entre una conducta y un daño, de tal suerte que, como advierten otros autores, no es cierto que no se estudia tal fenómeno, pues la cuestión es de *nomen juris*.

En conclusión, pese a que la norma constitucional incluyó los conceptos de daño antijurídico e imputación para la responsabilidad del Estado, ello obedeció no a la sapiencia de sus redactores, sino a una moda y un yerro conceptual de técnica jurídica que ha quedado positivizado, y que además contradice el principio de legalidad de la función pública, que ha hecho que se vea como lógico y coherente lo que positivamente no lo es.

3.2.3. Responsabilidad patrimonial de los entes jurídicos y su capacidad legal.

La capacidad de los entes jurídicos está descrita, delimitada y condicionada por la noción misma de legalidad, por tal motivo es preciso proceder a su estudio. Para abordar el presente tema, se requiere en primer orden realizar una ubicación panorámica del asunto. Así tradicionalmente se ha distinguido entre hecho jurídico y acto jurídico¹⁵⁰ para señalar que el primero es un acontecimiento de la

¹⁴⁹ Pabón Parra, Pedro Alfonso. Manual de Derecho Penal. Parte General, Parte Especial. Sexta Edición, Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2003. Bogotá. Pág. 144.

¹⁵⁰ Lafont P. Pedro. Transcripción de algunas exposiciones hechas en las cátedras de las Universidades Nacional y Libre.

naturaleza como nacer, morir etc., en tanto que el segundo se caracteriza por ser un acontecimiento derivado de la voluntad de la persona física, en ambos casos con efectos jurídicos.

No obstante, tal clasificación generalmente se ha desarrollado para explicar la teoría del negocio jurídico válido, esto es, el legal, sin detenerse dentro de la noción general de acto, que como expresión o ejecución de una voluntad, incluye o comprende también aquellos actos ilícitos que generan igualmente consecuencias jurídicas, como actos antijurídicos, no solo por poner en riesgo sin justa causa un bien jurídico tutelado, injustos, sino que propiamente son ilegales, inválidos formalmente.

Es decir, la teoría del acto jurídico se ha destinado propiamente para explicar el negocio jurídico válido, como expresión de la voluntad creadora, modificadora o extintiva de las obligaciones, más no del acto inválido, bien por causa u objeto (prestación) ilícito a los cuáles solo se hace referencia para dar a conocer la declinación del acto por conducto de la nulidad de la cual se despliega su alcance. Ello permite corroborar que el acto general como manifestación de la voluntad tiene o presenta dos alternativas calificadas positivamente: legales o ilegales, lícitas o ilícitas, jurídicas o injurídicas, las primeras que convergen al acto jurídico, como unilateral o convencional, y las segundas al acto antijurídico, bien a título de dolo, ora a título de culpa, como acontece en la responsabilidad extracontractual.

Con lo anterior se quiere significar que las personas jurídicas de derecho privado son producto de un acto jurídico, por ende lícito o legal de cuyo aspecto se ocupan primordialmente las normas civiles y comerciales. En ese sentido se ha de decir que dentro del derecho privado las personas jurídicas surgen de la voluntad particular a través de su manifestación unilateral, como acontece en las fundaciones con su fundador, o multilateral, como acontece con las corporaciones y con el contrato de sociedad.

Pero para que dicha declaración de voluntad surta efectos obligacionales, requiere la ley en su artículo 1502 del C.C. que exista: 1) un sujeto legalmente capaz; 2) un consentimiento libre de vicios; 3) un objeto lícito; 4) una causa lícita y 5) se añade, el cumplimiento de ciertas solemnidades para ciertos actos. Si falta uno de estos elementos se dice que el acto es inexistente o es nulo¹⁵¹, según que esté ausente el sustantivo o el adjetivo, esto es, en el primer caso hay ausencia de la capacidad, del consentimiento, del objeto o de la causa, en tanto que en el segundo evento, estos aspectos existen pero sus requisitos de validez que la califican se encuentran ausentes.

De estos elementos la piedra angular o principal de los mismos la constituye la capacidad y su adjetivo de legalidad, pues de este presupuesto resulta posible predicar los restantes. Así tenemos que identificar primeramente qué es la capacidad, y en ese sentido hay que decir que esta alude a una *“Propiedad de una cosa de contener otras dentro de ciertos límites ...Aptitud, talento, cualidad que dispone a alguien para el buen ejercicio de algo ...-de obrar. f.der. Aptitud para ejercer personalmente un derecho y el cumplimiento de una obligación”*¹⁵² (negrilla original).

También se dice específicamente para el derecho que la capacidad es la *“Aptitud que se tiene, en relaciones jurídicas determinadas, para ser sujeto activo o sujeto pasivo. Como se ve, esa capacidad puede ser absoluta, si permite actuar en toda clase de actos jurídicos y políticos, o relativa, cuando consiente realizar algunos de ellos y no otros ...El problema de la capacidad se encuentra además relacionado con el de la responsabilidad, no solo en materia civil, sino también en materia penal. La incapacidad representa el concepto opuesto. La determinación de la capacidad para realizar cada negocio jurídico concreto habrá de referirse a la*

¹⁵¹ De la Calle, Lombana, Humberto. La Inoperatividad del Negocio Jurídico. Monografías Jurídicas. Editorial Temis S.A. 1990. Págs. 9 y ss.

¹⁵² Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima Segunda Edición. 2001. Tomo I.

*institución de que se trate. La edad, el estado civil, y la sanidad mental constituyen aspectos primordiales en el problema de la capacidad*¹⁵³.

El maestro Valencia Zea, refiere que la capacidad puede ser de goce y de ejercicio, o capacidad jurídica, de derecho o natural y de obrar o negocial, respectivamente, capacidad en cuya “...*amplia acepción implica aptitud para ser sujeto de derechos, por una parte, y aptitud para ejercer tales derechos mediante negocios jurídicos*”¹⁵⁴. La primera se refiere a la “...*capacidad para ser titular de derechos subjetivos patrimoniales, la tiene toda persona sin necesidad de estar dotada de una voluntad reflexiva; en cambio la capacidad de obrar o capacidad negocial está supeditada a la existencia de una voluntad reflexiva*”¹⁵⁵.

Por su parte el tratadista Guillermo Ospina Fernández, aduce que la expresión capacidad es anfibológica en el mismo sentido que refiere Valencia Zea, toda vez que ostenta dos posibilidades, en la primera se concibe como “...*un atributo de la personalidad jurídica (sic), porque la aptitud para convertirse en titular de derechos y obligaciones es precisamente la que permite que un ente pueda entrar a formar parte de la categoría de las personas o sujetos de derecho. Así los individuos de la especie humana son personas en el mundo jurídico, en cuanto se les reconoce la referida aptitud, y dejan de serlo cuando se les priva de ella en virtud de instituciones positivas, como la esclavitud*”¹⁵⁶. Noción esta que se muestra un tanto anacrónica en la medida en que esto fue válido en culturas pretéritas, más no en la civilizaciones actuales occidentales en donde prima la tendencia al garantismo y al constitucionalismo ético donde se reprocha o condena tal posibilidad, *a fortiori*, si se trata de un atributo o derecho personalísimo referido al goce, sinónimo de derechos humanos o fundamentales.

¹⁵³ Osorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Ob. Cit.

¹⁵⁴ Valencia Zea, Arturo. Ortiz Monsalve, Álvaro. Derecho Civil Parte General y Personas. Tomo I. Décimo tercera Edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1998. Págs. 407 y ss.

¹⁵⁵ *Ibidem.*

¹⁵⁶ Ospina Fernández, Guillermo. Ospina Acosta Eduardo. Teoría General del Contrato y de los Demás Actos o Negocios Jurídicos. Cuarta Edición. Editorial Temis. Bogotá Colombia. 1994. Pág. 86.

En cuanto al segundo sentido que refiere el autor, *“...la capacidad ya no es un atributo de todas las personas o sujetos de derecho, sino un requisito para la validez de los actos jurídicos realizados por ellos ...las legislaciones positivas no admiten la validez de los actos jurídicos celebrados por quienes no tienen el grado de discernimiento y de experiencia suficiente para comprender el sentido y las consecuencias de tales actos”*¹⁵⁷.

De manera que acorde a estos conceptos, se obtiene que la capacidad es una aptitud que además implica un límite jurídico tanto para el goce como para el ejercicio de derechos, pues nadie puede gozar más de lo que tiene o abusar de tales derechos, y menos para realizarlo o ejercerlos, de donde se desprende que aún la capacidad “absoluta” referida, también es limitada solo que ostenta un mayor margen o campo de acción con respecto a la capacidad “relativa” para el ejercicio de los mismos.

Habría que agregar que dicha capacidad está determinada en las personas físicas por su discernimiento contenido en su aspecto volitivo o intelectual, en tanto que el de las personas jurídicas está establecida necesariamente por la ley o la convención (estatutos). Es decir, que la capacidad de los entes jurídicos estaría limitada por el objeto prestación, para el cual está legalmente dispensado o habilitado, recordando que las prestaciones en su sentido clásico corresponden en derecho a dar, hacer o no hacer alguna cosa, que en el contrato o acto social de constitución recae, en las tres cosas, dar aportes, hacer o no determinadas actividades en desarrollo del objeto.

A este respecto, conviene traer a colación el principio de la especialidad, que consiste en: *“...las personas físicas, los derechos patrimoniales sirven indirectamente para alcanzar todos los fines a que tiende la voluntad del sujeto. Los derechos patrimoniales de las personas jurídicas no pueden ser puestos a la*

¹⁵⁷ *Ibídem.*

disposición de una manera tan completa. (.) Estos derechos tienen, en efecto, por fin único el servir los intereses colectivos de un grupo humano. (.) En otros términos, las personas físicas pueden destinar su patrimonio a los fines que estimen convenientes ...En cambio una persona jurídica solo puede destinar el patrimonio a alcanzar los fines colectivos para los cuales se constituyó”¹⁵⁸.

Esta teoría confirma o reitera el límite de la capacidad de las personas jurídicas, primero a la ley y segundo al objeto que le es permitido contenido en los estatutos, pues la capacidad de estas no se extiende a la psicológica sino a la autorizada por la ley, y en tratándose del Estado por la Constitución, y todos los actos que las excedan son fruto de la falibilidad de la *psique* o voluntad humana.

Siendo las personas “morales” un instrumento o medio jurídico para la realización de intereses de las personas físicas, resulta evidente que tal instrumento es autorizado exclusivamente para los fines permitidos legalmente y los que estén por fuera de tal autorización han de ser considerados actos propios de quien los realiza y tiene poder directo para ello, pues es el principio de legalidad el que sugiere tal consecuencia, y con ella la tesis de la nulidad e inoponibilidad, según que sea inválido o no.

La voluntad de un ente jurídico, como voluntad colectiva, está plasmada previamente en la ley y en los estatutos, pues es la manera de controlar también su objeto, y no se trata de un simple aspecto teleológico programático, pues es la misma ley la que se ha encargado de referir que cuando se exceda dicho objeto social, habrá inexistencia, nulidad o inoponibilidad, según el vicio que lo afecte, bien de manera ilícita en el primer caso, bien de manera lícita en el segundo.

¹⁵⁸ Valencia Zea, Arturo. Ortiz Monsalve, Álvaro. Derecho Civil Parte General y Personas. Ob. Cit. Págs. 518 y 519.

La nulidad tiene por objeto dejar sin efectos *ex tunc* el acto “jurídico”, destruirlo o invalidarlo en protección de la juridicidad, en tanto que la inoponibilidad busca excluirlo de la órbita patrimonial a nombre de quien se realizó un acto jurídico y de quien no se estaba autorizado para ello sin afectar la validez del negocio jurídico.

Si un ente jurídico constituye un marco de acción para las personas físicas, todo lo que esté por fuera del mismo, bien de manera lícita o ilícita, no corresponde asumir a tal ente dichos actos exógenos a su objeto, cuya consecuencia será la nulidad o la inoponibilidad. Es decir, toda actividad ilícita o inoponible está al margen del ente.

La teoría del riesgo por actividades peligrosas, muestra un grado de dificultad a esta regla, pues sugiere que las actividades lícitas, que elevan el riesgo de daño, deben ser indemnizadas como daño jurídico; sin embargo, como resultado el daño puede ser a su vez punible con ocasión del dolo o culpa del sujeto agente como causa directa o mayormente próxima, que es antijurídica, como por ejemplo el homicidio o las lesiones personales causadas con ocasión de la conducción de un vehículo automotor.

Aspecto que se estima ha de ser resuelto por el principio de especialidad, según el cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal, siendo que lo determinante o principal en este tipo de eventos es el control de la actividad por parte de quien la ejerce a título de dolo o culpa, y que por ende es objeto de juicio, debiendo responder la persona física, pues el ente jurídico solo puede responder del daño jurídico que le es propio a su naturaleza objetiva y como parte del patrimonio del causante del daño, pues en realidad en esta hipótesis se trata de un daño antijurídico provocado, como es natural, por un sujeto animado.

El daño jurídico se limita así a aquellos eventos en que la conducta y por tal el daño, no es ilícita, ilegal o punible, como el derecho que tiene el propietario de

perseguir su animal en heredad ajena, debe indemnizar no obstante los daños, donde se podrá argumentar que existe el eventual delito de invasión de tierras, pero se esgrime que por ser un delito doloso, se torna inexistente y por ende lícito al fin que se persigue.

De suerte que positivamente la responsabilidad de los entes jurídicos estaría delimitada por su capacidad y objeto determinado en la ley y en los estatutos, encaminándose a la responsabilidad contractual y a la extracontractual, esta última predicable solo del daño jurídico o lícito determinado por los siguientes elementos: una actividad objetiva lícita; un daño y un nexo causal entre uno y otro, en los que no cabe incluir aspecto volitivo o subjetivo alguno, estructurando así una forma de responsabilidad objetiva, compensada o limitada a lo lícito o que quepa dentro de su objeto.

Resumiendo entonces, que ostentando la personalidad jurídica una naturaleza propia de la manifestación de la voluntad por disposición legal, su objeto y causa aparecen limitados a la licitud de los mismos, lo que positivamente implica que todo aquello que desborde dicho límite que representa o define la capacidad misma del ente, no puede corresponder al mismo.

Límite que se presenta de tres formas: una por vía de inexistencia, como resultado de la ausencia de alguno de los elementos del acto; otro de nulidad como consecuencia de la invalidez que se predica de una ilicitud y, otra de inoponibilidad donde el acto pese a ser lícito desborda su objeto. Así por ejemplo, habrá nulidad por objeto ilícito en una compraventa de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y en la inoponibilidad se presentará cuando un representante legal vende o compra un bien que supera el valor que le fuera autorizado por el acto de constitución.

En ambos ejemplos se excede o se está por fuera de lo legalmente autorizado, no siendo posible de manera lógica y positiva que a partir de ello se endilgue responsabilidad respecto de lo cual no se ostenta capacidad como facultad de ejercicio y obligacional, pues la capacidad de los entes jurídicos a diferencia de los humanos, está definida formalmente por la ley, capacidad que opera como un contrato, donde no existe capacidad de discernimiento.

Son los estatutos y la ley las que determinan el alcance de la capacidad de ejercicio de las personas jurídicas. Y en derecho positivo colombiano, entendiendo por tal el legislado por regla general acorde a nuestra tradición jurídica, no es posible predicar una responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas, con mayor razón si se aprecia que el contrato de sociedad o el acto constitutivo de creación de la persona jurídica obedece o se reconoce a condición de su licitud, que connota una autorización para un objeto legal.

En lo que respecta al Estado, resulta aplicable lo antes dicho, si bien no propiamente desde una teoría contractualista, cuando menos sí cuasicontractualista en la medida que su objeto está delimitado por un acuerdo tácito aprovechado por “la mayoría formal” y expresada en una Constitución o en la ley proferida por una democracia representativa, esto es, indirecta o unilateral por parte de algunos ciudadanos, que crean y definen su estructura caracterizándola por el principio de legalidad, añadiendo que no hay función pública que no esté descrita en la ley.

Capacidad que le ha sido conferida y limitada a la licitud que le han descrito éstas, no siendo susceptible predicar responsabilidad sobre una capacidad que no ostenta. Es principio de nuestra normatividad que las personas jurídicas no delinquen, más sin embargo a partir de conductas ilícitas o delictivas de sus agentes sí se ha derivado de manera ilógica una responsabilidad patrimonial que deriva de la penal.

De contera solo resultaría posible predicar responsabilidad patrimonial por daño jurídico respecto de las personas jurídicas, esto es, los derivados de su actividad lícita o legal que delimitan su capacidad, como por ejemplo las indemnizaciones que ordena la ley pese a desarrollarse conductas no antijurídicas, permitidas legalmente.

Ahora bien, desde la perspectiva de una teoría cuasicontractualista del Estado, que se encamina a la ausencia de un convenio original, cuando menos en su totalidad, que ha tratado de legitimarse en las mayorías, le resulta predicable igual que en materia contractual, la *interpretatio contra proferentem*, es decir que en caso de duda hermenéutica debe preferirse aquella interpretación que va en contra de quienes redactaron y efectuaron la ley escrita, esto es, quienes ostentan el poder real o material: los gobernantes, con lo cual se arribaría a una solución mayormente equilibrada.

TERCERA PARTE

COROLARIO TEÓRICO Y CONCLUSIONES

Efectuadas las labores descriptivas y analíticas en los capítulos anteriores, que han dado cuenta de la teoría de la responsabilidad jurídica patrimonial extracontractual de los entes jurídicos y del sistema jurídico colombiano, compatible con la teoría del tridimensionalismo jurídico por vía del garantismo, que a su vez permitió abordar el análisis del problema de investigación, corresponde ahora engranar e integrar las distintas dimensiones contenidas por el tridimensionalismo jurídico.

Para tal labor se procederá a integrar los respectivos conceptos tridimensionales de la personalidad jurídica y de su responsabilidad jurídica patrimonial extracontractual que corresponderá a la parte final de este trabajo, lo cual estará contenido en el capítulo I y, por último se finalizará con el capítulo II que contendrá las conclusiones respectivas.

Capítulo I

Integración tridimensional de la personalidad jurídica y de su responsabilidad.

Efectuados los análisis unidimensionales anteriores, corresponde ahora integrarlos, conformando así una perspectiva tridimensional que nos permita observar desde la misma una dimensión más completa de la personalidad jurídica en general y la suerte que a partir de la misma corresponde predicar a su responsabilidad patrimonial extracontractual del ente jurídico.

1. Teoría Tridimensional de la personalidad jurídica y su responsabilidad.

Con el uso de la actual tecnología ciberespacial, se descubrió durante esta investigación una labor semejante al objeto de nuestro estudio, relativa a la tridimensionalidad de la personalidad jurídica¹⁵⁹, en contraste o complemento casual con el tema aquí propuesto, como es el tridimensionalismo jurídico frente a la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas y del Estado, como principal persona jurídica de un sistema normativo, proponiéndonos ahora poder llegar un poco más lejos que aquélla, aspirando a elaborar una teoría integral que se identifique con lo que podría denominarse teoría heterocéntrica y armónica del derecho que nos permita explicar o desvirtuar la responsabilidad delictual del Estado.

Lo anterior pone en evidencia el cuestionamiento sobre la existencia verdadera de un derecho de autor, cuando menos en lo que respecta a las ideas, que las más de las veces en algún momento han sido ya expresadas por otra persona, si bien con otras palabras, idénticas en su esencia, dificultando en ello la labor de originalidad a la que se aspira descubrir en cada investigación, en nuestro caso

¹⁵⁹ Fernández Sessarego, Carlos. Ob. Cit.

retomando la responsabilidad extracontractual del Estado, como principal persona jurídica y confrontarlo con la teoría general del derecho realista.

En ese sentido, el autor peruano Carlos Fernández Sessarego, advirtiendo la crisis de las teorías tradicionales que tratan de explicar la naturaleza de las personas jurídicas, estima que es necesario dimensionar el derecho no como un simple formalismo abstracto, sino que debe acompañarse con la realidad humana, quien despliega una conducta sujeta a los valores y a las normas positivas, cuando dice: *“...como lo hemos manifestado, para la escuela tridimensional el derecho aparece como la interacción dinámica de tres objetos heterogéneos como son la vida humana -conductas intersubjetivas-, los valores y las normas jurídicas”*¹⁶⁰.

Y afirma que *“...la concepción tridimensional del derecho permite distinguir en cualquier institución jurídica y, por consiguiente, en lo que concierne a la persona jurídica, la presencia simultánea y en recíproca exigencia de tres objetos que adquieren unidad conceptual mediante una dinámica interacción. Nos referimos, como se ha señalado en precedencia, a las conductas humanas intersubjetivas, en las que se despliega la dimensión coexistencial del ser humano y que constituyen el dato sociológico-existencial, las normas jurídicas, que se erigen en el dato formal regulador de la institución, y los valores, que conforman el aspecto estimativo o axiológico de la misma y que le otorgan un sentido”*¹⁶¹.

Es una postura que como se observa coincide en cierto grado con la teoría egológica del derecho de corte realista, en la que ésta última parte de la conducta para dimensionarla con los valores y la norma, en tanto que la teoría tridimensional parte de las dimensiones del naturalismo como valor, el positivismo como norma y la sociología como hecho, para Cossio, más específicamente una conducta como expresión cultural.

¹⁶⁰ Fernández Sessarego, Carlos. Ob. Cit. Pág., 63. Portal Jurídico Legal. Consultado el 16/mayo/11.

¹⁶¹ *Ibidem*.

“La dimensión sociológica-existencial es la base sobre la que se elabora la idea unitaria de “persona jurídica”. Sin seres humanos preexistentes dispuestos a constituirlo es inimaginable su existencia. Esto es tan evidente que debería ser un insoslayable supuesto. Sin embargo, debido a las distorsiones históricas sobre la naturaleza de la persona jurídica, sobre su estructura institucional, es necesario repetir lo sabido, es decir, que no se puede prescindir, en ningún caso ni en ninguna institución jurídica, de seres humanos en relación. Al fin y al cabo ellos son -quien lo duda- los creadores y protagonistas del derecho. El derecho, en cuanto exigencia existencial para convivir, carecería de sentido, de razón de ser, si no preexistiera la sociedad.

(...)

“La dimensión axiológica de la persona jurídica se concreta en los fines que la organización de personas se propone conseguir. Obviamente, se trata de fines valiosos, que otorgan un sentido a la actividad del grupo humano que compone la persona jurídica. Precisamente, los seres humanos se agrupan en las organizaciones de personas, que son la base sociológica-existencial de la persona jurídica, para cumplir colectivamente, en común, ciertos fines valiosos que el ser humano no puede realizar como simple individuo. Ellas constituyen, así, un ingrediente necesario, por natural, de la vida del ser humano en tanto ente coexistencial.

(...)

“La dimensión formal de la persona jurídica está constituida por el conjunto de normas jurídicas que regulan el surgimiento, la capacidad, el régimen, los derechos, obligaciones y fines de esta organización de personas. Como se ha remarcado, su aparición en el mundo jurídico depende de la decisión de los seres humanos que la constituyen y se valen de ella no sólo para cumplir ciertos fines valiosos comunitarios, sino para que funcionalmente los derechos y los deberes que contraigan no se atribuyan ni a cada uno de sus integrantes ni al conjunto de ellos sino a un “centro unitario de referencias jurídicas” que se identifica en la vida de relación a través de una expresión lingüística. En la mayoría de casos, como en

el de las sociedades de capitales, la imputación de derechos y deberes a un centro de referencias normativas permite limitar la responsabilidad de los miembros de la misma a sólo sus aportes de capital.

(...)

“Después de lo expresado en este párrafo podemos ensayar una descripción de la persona jurídica como una unidad formal reconocida por el ordenamiento jurídico para el efecto de la atribución de derechos y deberes, constituida por una organización de personas que persigue fines valiosos para la realización de intereses colectivos y permanentes, para lo cual debe contar con medios idóneos”¹⁶².

Existiendo otras teorías y autores igualmente destacables, como las que se refirieron en capítulos anteriores, pudiendo agregar otras más, se refirieron no obstante al inicio de esta investigación con el ánimo de referir solo los más influyentes jurídicamente, cuyo objeto no fue repetirlas *in extenso* a imitación consuetudinaria, que solo refleja alegoría a una pseudoerudición, en fatiga del lector y en detrimento de la comprensión, se ha de señalar que se aprecia que todas elaboran conceptos de la personalidad jurídica tan disimiles como dispares, que surgen o se elaboran a partir de las diferentes concepciones que del derecho mismo se forman atendiendo al conocimiento que de aquél se procura a partir de las concepciones ideológicas y filosóficas de la existencia o realidad de la vida misma.

En efecto, con miras a determinar el concepto que se estudia y su naturaleza, la doctrina ha recurrido a nociones angulares tales como la ficción, el interés, el fin, el goce, el individualismo, el derecho subjetivo, el organicismo, idealismo, la conducta, la semiótica, etc., bien para negar o confirmar el concepto de persona jurídica, lo cierto es que todas han asumido una posición unidimensional del derecho, a partir del cual deben concebirse las diferentes figuras jurídicas, cuya

¹⁶² Fernández Sessarego, Carlos. Ob. Cit

exposición no debe dar lugar a enfrentamientos que aspira a obtener una postura “correcta”, problema que en la actualidad algunos estiman clausurado asumiendo posiciones aporéticas que no permiten llegar a ninguna solución del problema formulado.

En tal sentido, es menester afirmar que la realidad, como problema del conocimiento, está sustentada no en una o dos dimensiones, sino en varias, y todas constituyen al unísono la misma realidad, sino total, cuando menos sí mayormente próxima, a medida en que se van descubriendo o percibiendo, bien por los sentidos ora por el intelecto. Así por ejemplo un cubo tridimensional en una sola de sus caras unidimensional es una línea o plano, y bidimensionalmente un cuadrado. Todas son realidades diferentes que *a priori* parecen contradecirse y aún excluirse, no obstante juntas conforman una realidad mayor.

Luego banas y fútiles resultan sus oposiciones, que eventualmente solo sirven en la medida que permiten precisar sus propios límites, debiendo por el contrario armonizarse para poder ser aprehendidas por quienes tienen la capacidad de visión o comprensión multidimensional. El derecho como tal, en palabras de Alejandro Nieto¹⁶³, no es *iurissapientia*, sino *iurisprudencia*, esto es, silogísticamente hablando, como una facultad de prever lo futuro (conclusión), de conocer, de saber en derecho, y como tal su arte está en armonizar todas las realidades (*factum*) que percibe para colegir una conclusión jurídica que dimensione adecuadamente los diferentes puntos de vista.

En ese sentido, personalidad jurídica es todo lo antes dicho, es decir, es una realidad, es una abstracción, es una conducta, es una forma, un concepto, etc., en los cuales no podemos aspirar a finiquitar una respuesta conclusiva, toda vez que, las dimensiones pueden seguir surgiendo de acuerdo a la evolución humana, a la

¹⁶³ Nieto, Alejandro. Gordillo, Agustín. Las Limitaciones del Pensamiento Jurídico. Editorial Trotta S.A. Madrid, España. 2003. Pág. 19.

postre aún en la ciencia física ya se habla no de tres dimensiones sino de multidimensiones que apenas si empezamos a descubrir.

Sin embargo, lo anterior no debe llevarnos al equívoco que pueden insinuar algunos principios tradicionales del conocimiento, como sería el caso del principio lógico de identidad, según el cual una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo, que pareciera negar lo antes dicho, ya que este tipo de razonamiento, que fuera otrora válido, obedece a una noción plana o unidimensional del mismo, pues ya se ha visto que una cosa sí puede ser al mismo tiempo otra, lo cual depende de la dimensión que se agregue e integre a un mismo concepto, siendo una cuestión de grados de conocimiento. Otro tanto cabe predicar del principio de correspondencia, la cual ya no se integra simplemente de la confrontación de una proposición o concepto con la realidad, sino con varios entrelazados bien natural o bien razonablemente para conformar una realidad más amplia y compleja.

Lo hasta aquí referido pareciera dejar indeterminada o imprecisa la cuestión de la personalidad jurídica, pero es la complejidad y conexidad de los diferentes elementos dimensionales los que insuflan una generalidad o abstracción de tal magnitud, que es el mundo al que corresponde, que pareciera imposibilitar una concreción de una extensión que cada vez se aproxima más a una infinitud. En este aspecto, es donde puede cobrar importancia una metodología, del cual hace gala la ciencia, y es justamente por la especialidad que demanda ésta última, cuyos conocimientos afloran a través de un método específico o singular, que puede emplear diferentes formas o combinaciones, eso sí, limitadas siempre según se aprecia.

El trialismo jurídico, constituye así una mayor aproximación metódica conceptual a la realidad ¿total o infinita?, pues es lo cierto que esta teoría también se muestra limitada por las tres dimensiones propuestas, que solo hacen parte de una realidad más amplia y compleja, que quizá debiera ser explicada, cuando menos

cercanamente, por una teoría multidimensional, heterocéntrica y armónica del derecho, que permita de un lado reconocer las diferentes dimensiones jurídicas y a su vez integrarlas o armonizarlas. No obstante por cuestiones metodológicas de precisión, se ha tomado como concepto de derecho, según se ha propuesto este trabajo, el trialismo jurídico, sin dejar de abordar cuando ha sido posible otras dimensiones que se encuentran implícitas, como la conceptual o analítica, la sociológica, psicológica, la consensual, etc.

Esta tridimensionalidad, que ha sido tratada y referida como teoría general del derecho, y como iusfilosofía, poco o nada ha sido llevada a la práctica jurídica de sus instituciones o figuras especiales que lucen ajenas y poco atractivas para los destinatarios, operadores o técnicos del derecho, que no de los juristas, estos últimos que sí aspiran a conocer el sustento de la ley, más allá del tenor literal, teoría que debe permear y estructurar dichas instituciones que no son extrañas a su esencia, y por el contrario son apenas accesorias a la primera.

Por otra parte se estima que bajo una óptica heterocéntrica y armónica del derecho, que debe comprender no solamente las dimensiones referidas por la teoría tridimensional, sino otras esferas que están comprendidas en sus diferentes perspectivas, y que identifican disímiles matices de las teorías unidimensionales, como el positivismo “moderado”, el realismo norteamericano o escandinavo, etc. Y donde cabría ubicar distintas tendencias así: el nivel axiológico, donde correspondería hablar también del idealismo, del racionalismo y del dogmatismo; el normativismo, que comprendería también la analítica y el objetivismo; en tanto que el realismo, encontraríamos la sociología, el funcionalismo y el existencialismo dentro de los cuales se desenvuelve la conducta.

En ese sentido la persona jurídica sería axiológicamente un medio que le facilita al hombre intersubjetivo conquistar empresas o resultados para su general beneficio, prosperidad o evolución, normativamente reconocido, definido, protegido y limitado

para tal finalidad como sujeto de derecho positivo, por cuyo conocimiento general, ético como legal, su funcionamiento y operatividad, fruto del consenso, resulta efectivo para los fines concebidos como expresión del obrar consciente humano. De esta forma se partiría de lo general a lo particular, en el cual la premisa mayor sería la conciencia y voluntad humana, la premisa menor el consenso normativo y la conclusión la concreción de dicha conciencia o voluntad a través del obrar.

Con todo, lo que nos interesa es descifrar la naturaleza de la personalidad jurídica como sujeto de derecho, y en ese sentido se puede afirmar que aquélla corresponde en realidad a un grupo o conglomerado humano que se une e identifica por ciertos fines privados, públicos, económicos, lucrativos o simplemente altruistas, que connotan su aspecto axiológico y que se ha reconocido normativa, formal o positivamente.

Siendo esto así, donde la persona jurídica no es una simple abstracción sino una realidad social y psicológica, la responsabilidad que del ente puede surgir, es solo a partir de su legalidad o juridicidad que se reconoce a partir del grupo humano, pues es este quien en realidad dirige y controla la institución jurídica que acoge para el desempeño de sus actividades.

Es pues, el grupo humano el responsable verdaderamente de los actos que realiza por conducto de la personalidad jurídica, que si bien facilita un epicentro de imputación o atribución jurídica, no obstante ello se limita por la legalidad o juridicidad de sus actos que pueden generar daños, más no de los antijurídicos que solo corresponden a cada individuo, que generalmente limita su responsabilidad hasta el monto de sus aportes.

De manera entonces que el supuesto “velo corporativo”, solo cobraría vigor en tratándose del objeto y causa lícita del ente jurídico creado para tal efecto, pues las demás formas de comportamiento obedecen típicamente al comportamiento

humano susceptible de ser valorado o enjuiciado bajo las modalidades de dolo o culpa. El “errar es de hombres” no de las cosas, y como tal la persona jurídica es una cosa, medio de atribución jurídica colectiva para los fines exclusivamente autorizados por la ley y los estatutos.

Así, el trialismo jurídico, integra la realidad humana, la que enjuicia y le imprime un valor o nivel axiológico, la cual formaliza regular y positivamente, bien individual o grupalmente, no siendo este el último peldaño de la experiencia jurídica, sino el resultado de las dos anteriores, que por ende es susceptible de ser revisada constantemente. Considerando entonces el factor humano, de lo cual dependen los restantes, esto es, el axiológico y el normativo, es el primero el llamado a ser responsable de todo aquello que desvíe lo enjuiciado y regulado por estos mismos previamente.

Más dicho centro de atribución o imputación jurídica, como tal, constituye una cosa o bien inmaterial, por ende inanimado, o ¿quién habrá acaso compartido una taza de café con un ente jurídico como preámbulo a un contrato?, y es esa justamente su naturaleza, cuya naturaleza jurídica tampoco puede ser distinta de la realidad, o es que ¿puede una ley prohibir la muerte o el sexo de cada individuo, o que deje de llover, etc.?, son aspectos y leyes naturales a los que no puede ser ajeno el derecho so pena de su inaplicabilidad o ineficacia como la que refiere el realismo jurídico.

Los bienes o cosas por su naturaleza, hacen parte del patrimonio de los seres humanos, y como tal este último hace parte de la prenda general de los acreedores, según se ha dicho tradicionalmente por los estudiosos de las obligaciones, en tanto que los bienes o cosas en particular sirven a esa prenda general, y el hecho de conformar un patrimonio diferente, como universalidad jurídica, no desnaturaliza su carácter, máxime si este está especialmente destinado y limitado a un objeto y causa legalmente permitido.

Integrada la realidad del ente, como grupo de humanos y como cosa inmaterial, frente a un juicio conmutativo del mismo, según quedó visto, y a la juridicidad o legalidad de su capacidad, objeto y causa, no es posible predicar una responsabilidad extracontractual, delictual o, en otras palabras, extralegal.

Si estos tres factores integran la personalidad jurídica, mal puede referirse una teoría de la responsabilidad extracontractual o delictual de estos entes, que solo benefician a quienes se han ingeniado la forma estructural de matizar sus propios actos, normalmente lucrativos con sed de poder.

2. Ponderación jurídica tridimensional de los entes jurídicos y de su responsabilidad extracontractual.

En materia de valores y principios, se ha discutido arduamente sobre la forma de prelación de los unos o los otros frente a un eventual enfrentamiento, pues a diferencia de las contradicciones normativas o antinomias, donde existe la posibilidad de prelación normativa, bien por vía jerárquica o de especialidad, en los primeros la cuestión es un tanto más difícil, pues no existen unos parámetros formales que permitan una objetividad por parte del intérprete, según se ha dicho.

Siendo la ponderación una forma de solución planteada para el juicio de aspectos similares o iguales en donde no caben prelación, es el método empleado por la argumentación para armonizar y explicar un principio o valor que, sin anular otro, debe predominar en un caso concreto.

Pues bien, la teoría tridimensional, al contener o integrar el aspecto axiológico del derecho y por tal de sus instituciones, como la personalidad jurídica, demanda, según una teoría de la argumentación, una ponderación que permita razonablemente justificar la prevalencia de un valor o de un principio sobre otro, con mayor razón en este escenario como el propuesto en el que se indagan las

razones legales o jurisprudenciales de la implantación de un sistema de responsabilidad extracontractual de los entes jurídicos, especialmente del Estado.

La discusión se cierne sobre este ítem con mayor fuerza, toda vez que, no se trata en esta investigación de un simple silogismo de subsunción normativa en el que a partir de un *factum* se proceda a indagar sobre la responsabilidad o no del ente jurídico a partir de los tradicionales elementos identificados para el efecto, lo cual corresponde a una clásica operación positivista. Aquí se ha tratado es de reflexionar y auscultar la justificación de tal posibilidad óntica y deontológica de ello, es decir trascender la ley, entre ellas la Constitución, y la jurisprudencia como fuente supletoria del sistema normativo.

En tal sentido la naturaleza del ente jurídico, ha sugerido la existencia de unos fines grupales o sociales que a su vez deben enfrentarse con otros fines, quizás superiores en apariencia, según su nivel de generalidad o abstracción, dentro de los cuales es posible discernir fácilmente, cuando menos respecto de las personas jurídicas de derecho privado, un interés particular y otro general, en el que está claro que debe prevalecer éste último. No obstante, en tratándose de las personas jurídicas de derecho público, como el propio Estado, la cuestión se vuelve más oscura en la medida que siempre existe un interés general, lo cual, sin embargo es a nivel formal, toda vez que, la realidad sugiere que las personas físicas que integran tales colectividades públicas, también ostentan aspiraciones y ambiciones propias que procurará satisfacer bajo el manto de lo público.

Con todo, con miras a sostener y justificar un velo corporativo responsable de los actos de los dirigentes y representantes de los entes, se han propuesto diferentes posturas como las referidas al inicio de esta investigación, las cuales es necesario entrar a analizar y ponderar acorde a los axiomas formales que encierran frente al carácter axiológico que también se extrae del realismo jurídico.

Así se han esgrimido como sustentos: el ontológico, que tiene al ente jurídico como una realidad en sí misma; el teleológico o garantista, que ve en la personalidad jurídica una garantía de indemnización de la víctima; el de equidad y justicia que entiende la responsabilidad del ente como una justicia distributiva, por cierto, sin explicarla; unos fundamentos prácticos y sociales, que ven como una necesidad pragmática el atribuir responsabilidad a los entes jurídicos; y unos fundamentos normativos o positivos que pretende sustentar el hecho de la responsabilidad extracontractual sin más reflexión que la sola existencia o disposición normativa.

A estos fundamentos unidimensionales que se exponen sin integración verdadera, y menos exponiendo los móviles reales que las inspiran, como una verdad oculta que debe mantenerse mimetizada en aras de la perseverancia de una ignorancia general que facilita y contribuye al mantenimiento de un poder, ha de exponerse los mismo criterios del despertar garantista que se identifica con el propio tridimensionalismo jurídico, según ha quedado visto a lo largo de este trabajo.

Lo primero que hay que destacar es que la ponderación se ha tenido como un método o procedimiento racional que permite pesar, que si bien no conlleva un resultado exacto en cada decisión, cuando menos sí ostenta un carácter racional que impone una argumentación que se relativiza según la conveniencia y fines de cada caso, esto es, permite establecer un modelo de fundamentación de la decisión¹⁶⁴.

Para el efecto se ha establecido la ley de la ponderación, conforme a la cual “...*la medida permitida de no satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro. Ya en la definición del concepto del principio, con la cláusula <relativo a las posibilidades jurídicas>*,”

¹⁶⁴ Alexy, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2002. Pág. 157.

aquello que es ordenado por el respectivo principio fue puesto en relación con aquello que es ordenado por principios opuestos. La ley de la ponderación dice en qué consiste esta relación. Pone claramente de manifiesto que el peso de los principios no es determinable en sí mismo o absolutamente, sino que tan solo puede hablarse de pesos relativos”¹⁶⁵.

En efecto, la variedad y necesidad a satisfacer en cada caso particular, hace que no sea posible establecer y determinar una regla general aplicable en todos los demás casos bajo una misma mecánica ponderativa, pues como toda decisión, está sujeta a los distintos vaivenes de la vida misma, que hace que deba ser espontánea y dinámica acorde al arte de pensar y reflexionar, según convenga o no a determinados intereses, que no son propiamente los particulares sino los del caso concreto visto desde una óptica imparcial.

En ese sentido también se ha dicho que, la ponderación puede efectuarse a través del modelo europeo de un juicio de proporcionalidad o razonabilidad, que es el que ha empleado nuestra Corte Constitucional para evaluar la constitucionalidad de una ley, método a través del cual se establece “...*una relación entre medios y fines*”¹⁶⁶, los cuales deben ser legítimos, es decir, no estar prohibidos, agregándose además que el medio debe ser adecuado o idóneo, así como necesario¹⁶⁷.

Esto lleva a observar que, la ponderación bajo el juicio de proporcionalidad corresponde a una eficacia derivada del vínculo medio-fin, esto es al realismo jurídico, en que cabe indagar por la eficiencia de la teoría de la responsabilidad patrimonial extracontractual de los entes jurídicos, cuya esencia teleológica se ha

¹⁶⁵ *Ibidem.*

¹⁶⁶ Araújo Rentería, Jaime. Los Métodos Judiciales De Ponderación Y Coexistencia Entre Derechos Fundamentales. Crítica. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. www.juridicas.unam.mx.

¹⁶⁷ *Ibidem.*

dicho, es la de garantizar la protección y resarcimiento de la víctima como forma de justicia restaurativa.

Así se ha señalado que la teoría de la personalidad jurídica garantiza, finalísticamente, la reparación del daño a la víctima, al destinar de manera especial el patrimonio del ente para dicho efecto. Empero, ha de tenerse en cuenta que tal garantía se encuentra limitada justamente por el patrimonio del ente y no se extiende a los patrimonios de quienes lo integran y así, en derecho privado en tratándose de sociedades comerciales, se limita por lo general su responsabilidad hasta el monto de sus aportes, que a su vez conforman el patrimonio social de la persona jurídica.

Luego entonces la garantía indemnizatoria, se ve limitada a lo antes dicho, siendo que como ocurre con frecuencia, existen muy comúnmente las denominadas sociedades de papel, cuyo único patrimonio es la formalidad de la firma estampada en un documento que afirma ostentar un patrimonio en su creación, pero que en realidad carece del mismo en fraude a la ley y a los terceros, aspecto que evidentemente hace nugatorio los derechos de reparación de una víctima de un daño, en nuestro caso, extracontractual.

Por el contrario, si la responsabilidad extracontractual se predicara solidariamente del grupo humano que integra el ente jurídico, no se tendría un solo patrimonio como prenda general de los acreedores, sino varios patrimonios que garantizarían mejor una eventual reparación, amén que no se vería limitado al monto exclusivo de sus aportes que en realidad corresponden a los mismos que integran el patrimonio del ente jurídico. De tal suerte, que si de eficacia indemnizatoria se trata, no es a través del modelo implantado jurisprudencialmente que a ello se arriba, y menos en justicia restaurativa, lo cual resulta permitido, idóneo y necesario.

En lo que respecta al Estado, la cuestión resulta diferente en la medida que de este se predica que no es posible su insolvencia¹⁶⁸, cuando menos hasta ahora, aunque sí se ha hablado ya de países cuya pobreza permite colegir su inviabilidad, la eficacia no ha de mirarse solo a través de su resultado indemnizatorio, sino que debe involucrar igualmente al verdadero causante del daño, que no es otro que el factor humano, que es quien las más de las veces se ve favorecido en sus arcas por el poder que deriva del Estado, que en realidad él mismo ha impuesto o procurado como medio legitimador de su *status*, de donde deriva la verdadera importancia de la imputación, si así no fuese, la atribución de responsabilidad no se preocuparía por determinar el causante del daño, sino que tan solo se limitaría a cubrirlo por conducto de una seguridad social.

Se habla del poder del Estado para justificar que sea este el responsable del proceder de sus “agentes”, cuando lo cierto es que el Estado no manipula a nadie, ni puede hacerlo, es éste el que es manipulado y dirigido por sus representantes para sus exclusivos intereses.

De esta manera la eficacia o relación de medio a fin, respecto de la responsabilidad patrimonial extracontractual, debe involucrar no solo el resultado, esto es, la garantía indemnizatoria, sino también la justicia conmutativa que imponga al causante del daño el deber de resarcirlo que le apremie también para que en lo sucesivo se abstenga de efectuar tales daños, si son dolosos, o a prevenirlos más cuidadosamente si son culposos. De esta manera se garantiza o procura no solo la indemnización, sino también la prevención de futuros daños, lo cual no acontece con el sistema actual de responsabilidad extracontractual de los entes jurídicos que blinda y protege a los verdaderos responsables.

Emerge aquí entonces con claridad meridiana, que dentro de la ponderación es posible incluir las distintas dimensiones que se han tratado a lo largo de esta

¹⁶⁸ No obstante sobre este particular ya se empieza a hablar del límite relativo a la sostenibilidad fiscal.

investigación, más aún permite integrarlas al sopesar cada uno de los distintos aspectos a considerar, dado que la eficacia de institución jurídica se predica no solo de su obediencia sino del grado de justicia alcanzado, poniendo cada cosa en su respectivo lugar.

Y aunque en este escenario propuesto, no existe propiamente un enfrentamiento de principios o valores como para hablar de ponderación, habida cuenta que el argumento que predica la responsabilidad extracontractual de los entes, obedece meramente a aspectos formales y atiende o satisface mayormente a intereses privados y ocultos de los detentadores del poder, se tiene que este debe ceder siempre al interés público, lo cual solo se logra con el control racional que descubra los mismos.

Si a esto añadimos el concepto tridimensional de persona jurídica, visto *ut supra*, resulta evidente que lo justo conmutativo es que respondan directamente los miembros de aquélla, pues son los agentes que trascienden al mundo fenomenológico, bien de manera individual, ora conjunta, sin imponer convenientemente velos corporativos en su protección, que solo son el reflejo de un patrimonio, que como tal es apenas una parte de los patrimonios individuales de los miembros, amén que un patrimonio es de un lado una cosa o conjunto de cosas valorables en dinero y, de otro, prenda general de los acreedores, no siendo posible que se haga responsable a lo que es por su naturaleza prenda general. Es tanto como decir, guardadas las proporciones, que un vehículo en copropiedad es el responsable por los accidentes que se causen y no sus copropietarios, limitando así la prenda general de los acreedores, en nuestro caso víctimas, excluyendo el patrimonio de los titulares y verdaderos responsables del mismo.

Luego entonces deleznable resultan los argumentos en que se posa la teoría de la responsabilidad extracontractual de los entes jurídicos frente a una ponderación realista y axiológica; en la primera porque no atiende a la realidad del causante del

daño, y la segunda porque no consulta una justicia conmutativa como corresponde dentro de las relaciones intersubjetivas patrimoniales, en tanto que el aspecto positivo, en lo que a personas jurídicas de derecho privado corresponde, se abstuvo por establecerlo de dicha manera, en tanto que para las personas jurídicas de derecho público, se ocupó de reglamentarlo de dicha forma atendiendo a los criterios jurisprudenciales que se impusieron tradicionalmente sin este tipo de reflexiones de fondo y axioma.

Como quiera que el estudio propuesto aquí no descansa en la frontera de constitucionalidad o de legalidad de la institución, sino en un análisis tridimensional que desborda o trasciende dicho aspecto positivo, resulta factible entonces cuestionar de esta manera la propia validez formal, real y axiológica de la norma constitucional que estableció la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas y del Estado, a partir de lo cual es posible pensar en una reforma para el efecto.

Si bien, *prima facie*, desde el punto de vista constitucional, dentro de una democracia representativa era válido que pudiese establecerse un régimen tal, como en efecto ha ocurrido, ello no imposibilita el deber de contenido coherente y lógico que impone la razonabilidad, como por ejemplo disponer como límite de la función pública el principio de legalidad y posteriormente extender la responsabilidad de los entes públicos de manera contradictoria a la ilegalidad de sus servidores.

Siendo la función pública por naturaleza legal, esto es que esta descrita en la ley o el reglamento y que por fuera de ellos no existe, mal puede predicarse o atribuirse consecuencias jurídicas tendientes a endilgar responsabilidad sobre un acto o procedimiento que no existe como tal, eso es, como función pública.

En cuanto a su aspecto axiológico, es claro que la responsabilidad debió consagrarse constitucionalmente acorde a la justicia conmutativa, como equivalencia entre autor o causante, daño y valor económico, y no de manera distributiva como impropia y convenientemente se ha tenido la tendencia a establecer, aspectos que con todo, se aprecia no son, ni fueron, claros por el constituyente.

Y por último, el realismo jurídico permite establecer que el constituyente, influenciado por las teorías organicistas y de la realidad ontológica de los entes jurídicos, creyó complementarla o superarla con el concepto de daño antijurídico e imputación que nada dicen respecto de los verdaderos autores de los daños, quienes como seres animados e inteligibles son los determinadores del mundo fenomenológico en cuanto a actos voluntarios y su control respecta.

La eficacia vista en relación de medio a fin, que requiere de una legitimidad, una idoneidad y una necesidad del medio empleado, toma en consideración para la responsabilidad patrimonial dos aspectos teleológicos o finalísticos: una garantía indemnizatoria para la víctima y otra preventiva para el autor del daño. En ese sentido la teoría de la responsabilidad extracontractual de los entes jurídicos solo apunta al primero de ellos dejando por fuera al segundo, es decir, que ponderativamente y en contraposición de una responsabilidad de la persona física, resulta menos eficiente, pues esta última además de integrar varios patrimonios como prenda general de los acreedores, cuando menos en lo que respecta a los entes jurídicos de derecho privado, involucra su finalidad preventiva y retributiva al causante del daño.

Por otra parte la eventual insolvencia del causante del daño, es algo que siempre está latente desde la perspectiva de la persona física, tanto en derecho privado, como público, y si de lo que se trata es únicamente de garantizar la indemnización de la víctima, como se asevera en ambos sistemas, no es estimulando

indirectamente al causante del daño como se remedia el problema para sucesivos daños que conllevan en todo caso y al final al desequilibrio patrimonial aún del propio Estado que ya empieza a preocuparse por su viabilidad y sostenibilidad fiscal, al “responder” por todo y por todos so pretexto de un bienestar general que no es cohonestado por sus directos protagonistas.

Se podrá afirmar que existe una acción de repetición, no obstante tal acción desnaturaliza el sentido natural de la responsabilidad, pues convierte una responsabilidad, que es por esencia principal, en subsidiaria, sin plantearla como corresponde según los criterios estudiados, toda vez que, la responsabilidad desde el punto de vista causal atribuye una consecuencia jurídica al directo causante de la acción como causa próxima, no remota, y en tal sentido le es atribuible principalmente a la persona física como determinadora del mundo fenomenológico, y si se quiere en garantía de la víctima, incluir, aquí sí una forma subsidiaria no de responsabilidad, sino de seguridad.

Más aún existen algunos estudios y reflexiones¹⁶⁹ que además existe una ineficacia de la acción de repetición, que normalmente culmina con sentencias desestimatorias para el Estado, cuyo estudio y análisis estadístico no corresponde al objeto de esta investigación.

Resulta de esta manera ilógica, ineficaz o irreal, injusta e inválida también la denominación de ciertos crímenes como “crímenes de Estado”, de la cual se deriva las más de las veces responsabilidad patrimonial del mismo a partir de conductas gravemente dolosas y violatorias de derechos fundamentales efectuadas por parte de personas físicas gobernantes o con vínculo directo con ellas.

¹⁶⁹ Entre otros ver: Torres Calderón, Leonardo Augusto. “¿Se justifica La Acción de Repetición?” http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista8/accion_repeticion.pdf.

Capítulo II

Conclusiones

Los títulos y capítulos anteriores, nos permiten proceder a la realización de las correspondientes conclusiones que ofrece el tridimensionalismo jurídico de frente al sistema o régimen de responsabilidad extracontractual de los entes jurídicos, tanto de derecho privado como público.

En tal sentido, a la luz del tridimensionalismo jurídico, la personalidad jurídica y su responsabilidad extracontractual, debe identificarse por los conceptos propios del garantismo jurídico actual, que comprende la necesaria integración del aspecto fáctico o real con el valorativo o axiológico y con su positivización o regulación formal, a partir de cuya reflexión unidimensional es posible estructurar su tridimensionalidad, integrada de manera armónica, no desintegrada y menos desarmonizada.

1. El Sistema de responsabilidad extracontractual de los entes jurídicos es el fruto jurisprudencial de una moda foránea.

Así de esta forma se aprecia, que de la jurisprudencia anterior a 1991, especialmente la desarrollada inicialmente por la Sala de Negocios Generales y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, así como de la exposición de motivos que dieron origen al artículo 90 de la actual Constitución, que se acogió en su momento, bien la moda francesa, o bien la española, es lo cierto que el único sustento nacional fue estar a tono con otras latitudes que no se miran sino que se admiran como de avanzada, frente a los toscos conocimientos y reflexiones nacionales.

De manera que jurisprudencialmente, si bien se osciló en el fundamento de la responsabilidad de los entes morales en la forma antes expuesta¹⁷⁰, variando según que se trate de una responsabilidad indirecta, directa, organicista o por falla del servicio, lo cierto es que en todos los casos se procuró incorporar y trasladar las “nuevas tendencias” doctrinales, que incluso evidenciaron incongruencias con el dicho de los tratadistas originales como acontece con las sentencias del 15 de mayo de 1944 y la del 20 de marzo de 1961, en las que sustentan, la primera, la teoría indirecta, y la segunda, en la teoría directa, respectivamente, con base supuestamente con las tesis de Ripert y Planiol, de quienes deducen teorías así opuestas, pues en la primera se afirmó que con base estos autores se acogía la teoría indirecta, y en el segundo fallo, se argumentó que, con sustento en los mismos autores, se deducía la teoría directa¹⁷¹.

La responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas en general, se ha implantado jurisprudencialmente por motivos superfluos, pues fueron origen de la adopción de tendencias “modernas” o de “vanguardia”, es decir, de moda, pues de un lado la normatividad constitucional colombiana, tanto en vigencia de la Constitución de 1886, como en la de 1991, ha implantado siempre un régimen subsidiario o auxiliar respecto de la jurisprudencia como fuente del derecho, que solo lo es para cuando existe un vacío en la ley o una ambigüedad en la misma, lo cual no correspondía para el caso de la responsabilidad extracontractual de los entes jurídicos, pues es claro que no estuvo en la intención del legislador del Código Civil o del Código de Comercio o del Contencioso Administrativo establecer un sistema de responsabilidad sobre una abstracción o ficción.

Sustentos todos los cuales se vislumbran de esta manera como insuficientes, caprichosos, copiados, irreflexivos, artificiosos y hasta contradictorios sin asumir

¹⁷⁰ *Supra*.

¹⁷¹ Cfr. Sala de Negocios Generales. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 15 de mayo de 1944. M.P. Anibal Cardoso Gaitán. G.J. LVII, 2010 a 2014. Sala de Casación Civil. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de junio de 1962. M.P. José J. Gómez. G.J. 2256 A 2259.

una postura propia que con pleno sustento explique y de cuenta del beneficio o necesidad del sistema de responsabilidad patrimonial adoptado en el marco de una ponderación principal, por lo que se hace menester reelaborar dicha teoría a través de la reflexión iusfilosófica del trialismo jurídico que de buena cuenta de la posibilidad y sustento que cabe o no a la responsabilidad de esta naturaleza.

2. El sistema de responsabilidad extracontractual de los entes jurídicos se introdujo desconociendo las fuentes del derecho colombiano.

En efecto, como expusiera la presente investigación, la fuente principal de nuestro sistema normativo es la ley, y de manera auxiliar la jurisprudencia, y ésta última solo es posible predicarla para estos cuatro eventos: el vacío o laguna de la ley; la ambigüedad legal, entre ellos la antinomia; los tópicos legales que resulten opuestos a los derechos fundamentales; y la contradicción de normas superiores como la Constitución, estas dos últimas referidas a la Constitución de 1991, pues antes de ella, solo imperaban las dos primeras y la última.

Estas hipótesis brillan por su ausencia en las jurisprudencias de finales del siglo XIX y comienzos del XX, que no obstante terminaron imponiéndose a fuerza del transcurso del tiempo, desconociendo tanto el sistema de fuentes de la Constitución de 1886 y la actual de 1991, que finalmente terminó por legitimar formalmente la tesis de la responsabilidad extracontractual del Estado.

3. El sistema de responsabilidad extracontractual de los entes jurídicos no es eficaz.

Como se ha referido ya, teniendo por fin y por objeto un régimen de responsabilidad la garantía de indemnización de la víctima y la prevención futura de nuevos daños por parte del causante, estos aspectos no se consiguen a plenitud, sino que se supedita y limita a la astucia de los integrantes de un ente

jurídico, que en el mejor de los casos, tan solo destinan un patrimonio autónomo del propio para eventuales indemnizaciones, sino es que realmente es insolvente el ente; y por otro lado no genera una cultura o conciencia de abstención y cuidado respecto de sus propios actos dolosos o culposos.

Lo anterior, que si bien es cierto resulta para el primer caso un poco insostenible respecto de la solvencia Estatal, en cuanto a la segunda finalidad, tampoco se logra, faltando entonces la esencia integral de la teleología de la institución de la responsabilidad. Además que ello no consulta la naturaleza ontológica que describe el realismo del ente jurídico.

4. El régimen de responsabilidad extracontractual de los entes jurídicos no es justo.

Como quedara visto en la parte respectiva, la teoría de la responsabilidad obedece no solo a las finalidades que impone el realismo, sino a un concepto axiológico o de justicia, que no es de cualquier tipo como al capricho convenga, sino al de justicia conmutativa como criterio que establece equivalencias entre aspectos de naturaleza diferente, tal como acontece entre un daño y su equivalencia económica o monetaria como rasero que permite medir el uno con el otro.

Siendo que la justicia distributiva se predica posible frente a pares o iguales y, no es igual quien causa un daño de quien no lo causa, y por ende no es posible bajo esta misma premisa distribuir la imputación indiferentemente entre aquéllos, dado que el concepto de justicia se ha identificado precisamente, y de manera universal, en dar a cada quien lo que le corresponde, es apenas natural que siendo una persona física la causante y determinadora de un daño, sea esta y no otra, así sea “ficticia” o “abstracta”, imputarle responsabilidad.

5. El régimen de responsabilidad extracontractual de los entes jurídicos no es formalmente válido.

Efectivamente, tal como quedara expuesto en su oportunidad, en tratándose del derecho privado, no fue contemplada dicha posibilidad por el ordenamiento civil ni comercial, y ello fue establecido y copiado por la jurisprudencia nacional de finales del siglo diecinueve. En tanto que la de las de derecho público, corrieron igual suerte, y una vez mentalizado y dogmatizada la posibilidad de dicho sistema, se procedió con toda seguridad a la positivización constitucional de la responsabilidad del Estado. Es por ende un árbol que ha nacido torcido, y del cual poca o ninguna persona ha reflexionado, cuando menos no que se conozca formalmente.

Por otra parte, al tratarse de un tema que no constituía un vacío o ambigüedad legal, como tampoco representaba la vulneración de principios y derechos fundamentales, no cabía el establecimiento de un régimen de responsabilidad extracontractual de los entes jurídicos por la vía jurisprudencial como con orgullo se aduce del derecho pretoriano.

6. El régimen de responsabilidad extracontractual de los entes jurídicos favorece los intereses de los verdaderos responsables y detentadores del poder.

En efecto del carácter histórico se aprecia que la génesis del sustento de responsabilidad estuvo en el poder o en el interés particular, según se vio, lo cual no puede ser un sustento objetivo; en cuanto a la naturaleza de los entes, con las teorías de la realidad, principalmente la organicista, que partieron del hecho existencial del ente para derivar de allí la posibilidad de la voluntad conjunta o compleja como causa o sustento de la responsabilidad, resulta artificiosa al pretender establecer una naturaleza material a un ideal, sin que ello tampoco refleje una justicia; de su teleología garantista de protección de la víctima, se

vislumbra que se desestima al causante del daño del vínculo jurídico; en tanto que la tesis socializadora de la responsabilidad, se muestra inapropiada desde el punto de vista de la noción misma de responsabilidad, en donde debe reemplazarse por la de solidaridad, en su sentido lato, que no en el obligacional técnico.

En nuestro medio se muestra como gran avance y logro de la teoría administrativa del derecho incorporada al derecho colombiano, a un nivel acrítico, propio de un dogma medieval, cuyo sustento se hace reposar en la aparente protección y garantía de las víctimas del actuar del Estado, quienes siempre contarán con la solvencia económica del Estado, no obstante se aprecia que esta situación presenta un trasfondo de injusticia, ineficacia e invalidez de tal postulado normativo, pues de una parte no responde directamente el verdadero causante del daño, el hombre; de otro no muestra directamente un escarmiento que procure concientizar al actor del mismo; y por último no se muestra congruente con la capacidad formal para el cual fue concebido el Estado, respectivamente.

7. La única responsabilidad patrimonial de los entes jurídicos posible es la derivada del daño jurídico.

Como ya ha podido quedar insinuado durante este trabajo de investigación, los entes jurídicos encuentran su naturaleza existencial en la legalidad de su forma y contenido, de tal suerte que todo acto u objeto que desborde la autorización legal o estadual no hace parte del ente, y menos puede atribuirse su responsabilidad.

El ente jurídico, a diferencia de las personas físicas, no puede trascender el universo más que para el cual ha sido creado y autorizado. En ese sentido solo le resultan oponibles e imputables como unidad jurídica los actos legales o lícitos de su objeto, como acontece con el daño jurídico.

BIBLIOGRAFIA

- Agudelo, Betancur, Nódier. Curso de Derecho Penal. Esquemas del Delito. Tercera Edición. Editorial Temis. Bogotá. Colombia.
- Alessandri Rodríguez, Arturo. De la responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil. Imprenta Universal.
- Alexy, Robert, Teoría de la Argumentación Jurídica. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid 2007.
- Alexy, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2002.
- Angarita, Carlos Enrique. Estado, Poder y Derechos Humanos. Editorial Códice. Corporación René García. Bogotá. Año 2000.
- Araújo Rentería, Jaime. Los Métodos Judiciales De Ponderación Y Coexistencia Entre Derechos Fundamentales. Crítica. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. www.juridicas.unam.mx
- Aristóteles. Ética Nicomaquea. Versión española e introducción de Gómez Robledo, Antonio. Editorial Porrúa S.A. México 1985. "Sepan Cuantos" N° 70.
- Autores varios. "Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa", Ediciones Librería del Profesional, versión en Castellano por Leonardo Augusto Torres Calderón, Humberto Mora Osejo y Marie Louise Crépy, Bogotá, Colombia, 2000.
- Ballesteros, Jesús. Sobre el Sentido del Derecho. Editorial Tecnos. 2ª reimpresión. España. 1984.
- Bobbio, Norberto. Teoría General del Derecho. Segunda Edición, Editorial Temis. Bogotá D.C. 2005.
- Borrego, Salvador, Derrota Mundial. 40ª Edición. México 1988.
- Borrell Macía, Antonio. Responsabilidades Derivadas de Culpa Extracontractual Civil. Bosch Editor. 2003. Barcelona, España.
- Código Civil colombiano.
- Código Contencioso Administrativo.
- Código de Comercio.
- Constitución Política de Colombia.
- Colin Ambroise y Capitant Henry. Derecho Civil Obligaciones. Volumen 1. Colección Grandes Maestros del Derecho Civil, Serie obligaciones, contratos, garantías y pruebas, y negocios jurídicos. Editorial Jurídica Universitaria. México.
- Consejo de Estado, 31 de octubre de 1991. Gaceta Jurisprudencial, núm. 1 Santa fe de Bogotá. Leyer, enero-marzo de 1992, Págs. 94 y 94. *Ibidem*
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-291 de 2007. M.P. Cepeda Espinoza Manuel José.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-299 de 2004. M.P. Montealegre Lynet, Eduardo.
- Corte Constitucional, Sentencias: C-113 del 25 de marzo 1993, expediente D-096, M.P. Jorge Arango Mejía; C-131 de abril 1º de 1993, expediente D-182, M.P.

- Alejandro Martínez Caballero; y C-083 del 1° de marzo de 1995, expediente D-665, M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Cossio, Carlos. Teoría de la Verdad Jurídica. Librería El Foro. Colección Clásicos del Derecho. Buenos Aires Argentina.
 - Cracogna, Dante. Cossio y la Teoría Ecológica del Derecho. Serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N° 44. Universidad Externado de Colombia. 2006
 - Cueto Rúa Julio César, “*El Common Law, Su Estructura Normativa, Su Enseñanza*”, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1997.
 - Dabin, Jean. “El Derecho Subjetivo”, Traducción de Francisco Javier Osset. Editorial Comares S.L., Granada, España. 2006.
 - Dabin, Jean. Teoría General del Derecho. Colección Clásicos del Derecho. Editorial Reus. Traducción de Javier Osset. Madrid, España. 2009.
 - De Coulanges Fustel, “La Ciudad Antigua”, Editorial Panamericana, Bogotá, Colombia. 1990.
 - De Cupis, Adriano. El Daño. Teoría de la Responsabilidad Civil. Traducción de la 2ª edición italiana y estudio preliminar de Ángel Martínez Sarrión. Bosch, casa Editorial S.A. Barcelona España. 1975.
 - De la Calle, Lombana, Humberto. La Inoperatividad del Negocio Jurídico. Monografías Jurídicas. Editorial Temis S.A. 1990.
 - Diccionario de la Lengua Española, Real Academia, Tomo II, Pág. 1739. Vigésima segunda edición, Madrid, España, 2001.
 - Diccionario de la Lengua Española. Real Academia de la Lengua Española. Versión Electrónica 21.1.0. 1992. Programación Rafael Millán.
 - Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla “Filosofía del Derecho”.
 - Fernández Sessarego, Carlos. Naturaleza tridimensional de la persona jurídica con especial referencia al derecho peruano. Revista Diké. Pontificia Universidad Católica del Perú. Portal de Información y Opinión Legal. Portal Jurídico Legal. Consultado el 16/mayo/11.
 - Ferrajoli, Luigi. Garantismo. Una discusión sobre Derecho y Democracia. Editorial Trotta.
 - Ferrara, Francesco. “Teoría de las Personas Jurídicas”, Colección Grandes Maestros del Derecho Civil, Serie Personas y Bienes. Editorial Jurídica Universitaria. Volumen 4. México.2003.
 - Ford, Henry. El Judío Internacional. Un Problema del Mundo. Versión española de Bruno Wenzel. Tercera Edición. Pensar Editores. Bogotá D.C
 - Gaceta Constitucional N° 56 del 22 de abril de 1991. Págs. 47 y ss.
 - García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Editorial Thomson, Civitas. Décimo Tercera Edición. Reimpresión 2009. Tomo II.
 - Goldschmidt, Werner. Introducción Filosófica al Derecho. Ediciones de Palma Buenos Aires. Cuarta reimpresión.1987.
 - Gómez Gallardo, Perla. Filosofía del Derecho. Colección cursos temáticos hispanoamericanos. Iure Editores. México. 2005.

- Gutiérrez Gómez, Giovanni. "Sistemas Jurídicos y Corrientes Iusfilosóficas que Determinan el Valor de las Fuentes del Derecho". Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal efectuada en la Edición N° 36 de 2010.
- Gutiérrez Sarmiento, Humberto, "*La Unidad del Método Jurídico, Piedra Angular para la restauración de la República Durante el Siglo XX*", Editorial Leyer, 2008.
- Iturralde Sesma, Victoria. "*El Precedente en el Common Law*", Editorial Civitas 1995.
- Jack Trout. El Poder de lo Simple, una Guía Empresarial para Eliminar lo Absurdo y ser más Racional. Edición internacional Raúl Peralba y Raúl G. del Río.
- James, Philip. Introducción al Derecho Inglés. "*Personalidad, Estado y Capacidad*". Editorial Temis S.A. Versión Castellana de Torres García Jesús. Bogotá D.C. 1996.
- Lafont P. Pedro. Transcripción de algunas exposiciones hechas en las cátedras de las Universidades Nacional y Libre.
- Larrañaga, Pablo. El Concepto de Responsabilidad. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política Distribuciones Fontamara S.A. México D.F. Primera Reimpresión 2004.
- Leal Pérez, Hildebrando. Derecho de Sociedades Comerciales. Partes general y Especial. Tercera Edición. Editorial Leyer. Bogotá, Colombia.
- Nieto, Alejandro. Gordillo, Agustín. Las Limitaciones del Pensamiento Jurídico. Editorial Trotta S.A. Madrid, España. 2003.
- Ospina Fernández, Guillermo. Ospina Acosta Eduardo. Teoría General del Contrato y de los Demás Actos o Negocios Jurídicos. Cuarta Edición. Editorial Temis. Bogotá Colombia. 1994.
- Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta. 26ª Edición Actualizada, Corregida y Aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas. 1999.
- Pabón Parra, Pedro Alfonso. Manual de Derecho Penal. Parte General, Parte Especial. Sexta Edición, Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2003. Bogotá.
- Petev, Valentín. Metodología y Ciencia Jurídica en el Umbral del Siglo XXI. Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N° 2. Primera reimpresión 1997.
- Plazas Vega Mauricio, "*Teoría del Derecho y Teorías Políticas*", Editorial Temis S.A. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá. Colombia. 2003.
- Rawls, John. Teoría de la Justicia. Fondo de Cultura Económica. México D.F. 2010.
- Reyes Echandía, Alfonso. Derecho Penal. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. Año 1998.
- Rodríguez, César en La Decisión Judicial. El Debate Hart – Dworkin. Nuevo Pensamiento Jurídico. Siglo del hombre Editores. Universidad de los Andes. 1997
- Rodríguez, Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano. Editorial Temis. 2005. Bogotá D.C.
- Saavedra Becerra Ramiro, "La responsabilidad extracontractual de la administración pública", primera edición, cuarta reimpresión, editorial Ibañez, 2008, Bogotá, Colombia.

- Sala de Casación Civil. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 21 de agosto de 1939. (XLVIII, 1950, 663). Citada en la sentencia de la misma Sala del 30 de junio de 1962. M.P. José J. Gómez. G.J. 2256 a 2259).
- Sala de Casación Civil. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de junio de 1962. M.P. José J. Gómez. G.J. 2256 A 2259.
- Sala de Negocios Generales. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 15 de mayo de 1944. M.P. Anibal Cardoso Gaitán. G.J. LVII, 2010 a 2014.
- Sirvent Gutiérrez, Consuelo, "*Sistemas Jurídicos Contemporáneos*" Editorial Porrúa. México. 2006.
- Suárez Franco Roberto. Teoría General de las Personas Jurídicas. "Evolución histórica del concepto de personas jurídica". Editorial Temis S.A. 2010.
- Tamayo Jaramillo, Javier. La Responsabilidad del Estado. El riesgo excepcional y las actividades peligrosas. El daño antijurídico (Const. Pol., art. 90). Editorial Temis. Bogotá, Colombia. Año 2000.
- Tamayo Jaramillo, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Editorial Legis S.A. Tomo I. Cuarta reimpresión 2009.
- Tamayo Lombana, Alberto. Manual de Obligaciones. Teoría del acto jurídico y otras fuentes. Quinta edición. Editorial Temis. Bogotá D.C. 1997.
- Torres Calderón, Leonardo Augusto. "¿Se justifica La Acción de Repetición?" http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista8/accion_repeticion.pdf
- Trigo Represas, Felix A. y López Mesa Marcelo J. Tratado de Responsabilidad Civil. Editorial La ley. Tomo I. Segunda reimpresión 2008. Buenos Aires, Argentina.
- Valencia Zea, Arturo. Monsalve Ortiz, Álvaro. Derecho Civil de las Obligaciones. Tomo III. Novena Edición. Editorial Temis. 1998. Bogotá. D.C.
- Vélez García, Jorge, "*Los dos sistemas de derecho administrativo*". Institución Universitaria Sergio Arboleda Santafé de Bogotá D.C. 1996.
- Von Savigny, M.F.C. Sistema del derecho Romano actual. "Personas jurídicas. Definición". Traducción de M. Ch. Guenoux y vertido al castellano por Mesía Jacinto y Poley Manuel. Editorial Comares S.L. Colección Crítica del Derecho. Sección Arte del derecho. Director Monereo Pérez José Luis. Granada, España.