

**LA INDETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL
DEL ESTADO POR «FUNCIONAMIENTO ANORMAL DEL SERVICIO»
EN LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA.**

DIEGO FERNANDO YANTEN CABRERA

**UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ, D. C.
2010**

**LA INDETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL
ESTADO POR «FUNCIONAMIENTO ANORMAL DEL SERVICIO»
EN LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA**

Diego Fernando Yanten Cabrera

**Memoria presentada como requisito para optar por el título
Magister en Derecho Administrativo**

Director:

Doctor:

**FERNANDO ALBERTO GARCÍA
Profesor titular de la Universidad del Rosario.**

**UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ, D. C.
2010**

¿Qué aprovecha al humano espíritu el entendimiento,
Al corazón la bondad y a la mano la diligencia.
Si el mal se desata con febril furor en el Estado
Y se propaga incubando nuevos males?

JOHAN WOLFGANG VON GOETHE.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
PRELUDIO	7
I. EL SURGIMIENTO DEL ESTÁNDAR CONSTITUCIONAL DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO.	9
II. LA PRESENCIA CONSTANTE DE LA «FALLA EN EL SERVICIO» EN LAS DECLARACIONES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN COLOMBIA.	11
III. UN PERCANCE RECURRENTE: LA INDETERMINACIÓN EXISTENTE EN LA EXPRESIÓN «FALLA DEL SERVICIO».	13
1. EL CARÁCTER CABALÍSTICO DE LA «FALLA EN EL SERVICIO» EN LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA.	17
1.1. LA «FALLA DEL SERVICIO» EN LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA DE LAS AUTORIDADES PÚBLICAS.	18
1.1.1. La indeterminación del concepto «falla en el servicio» en la concepción jurisdiccional.	19
1.1.1.1. Existe una serie de casos en que la «falla en el servicio» se observa imprecisa en el propio tribunal de cierre.	20
1.1.1.2. La ocasional inobservancia de la noción jurisprudencial de «falla del servicio» por parte de los jueces y tribunales.	21
1.1.1.3. Equivocada imputación por «falla en el servicio».	23
1.1.2. La supuesta realidad objetiva de la «falla en el servicio» como estándar <i>in abstracto</i> .	31
1.1.3. La imposibilidad de la objetividad de la «falla en el servicio» considerada por las particularidades del caso <i>in concreto</i> .	35
1.1.3.1. La indeterminación en la expresión «falla en el servicio» producto de la relación proceder-recursos disponibles.	36

	Pág.
1.1.4. El desacuerdo en la «falla del servicio» como criterio de excelencia en la prestación del servicio.	38
1.1.4.1. El desconcierto respecto de las exigencias del servicio desde la perspectiva de las obligaciones jurídicas superiores arrojadas a la Administración Pública.	38
1.1.4.2. La confusión en el alcance de las obligaciones de la Administración Pública dentro de la Clausula del «Estado de Derecho».	40
1.1.5. La indeterminación de que adolece la «falla en el servicio» como formulación gramática-verbal.	43
1.1.5.1. El concepto «falla en el servicio» como un caso frontera en sí mismo.	44
1.1.5.2. La indeterminabilidad de la «falla en el servicio» no presupone ausencia de conocimiento de su significado, sino ausencia de significado concreto en la composición gramatical misma.	46
2. HACIA UNA MECÁNICA DE LÍMITES RAZONABLES EN LA APRECIACIÓN DEL TÉRMINO «FALLA EN EL SERVICIO» EN LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA.	50
2.1. RAZONES PARCIALMENTE EXCLUYENTES DEL ABUSIVO EJERCICIO DEL <i>ARBITRIO JUDICIS</i> EN LA APRECIACIÓN DE LA «FALLA EN EL SERVICIO».	51
2.1.1. El concepto de autoridad de las obligaciones funcionales de la Administración Pública en la imputación por «falla en el servicio».	52
2.1.2. El principio de la relatividad de la «falla del servicio» como límite a la apreciación del contenido obligacional del Estado.	61
2.2. LA «FALLA DEL SERVICIO» COMO CRITERIO MORALIZADOR.	68
2.2.1. Obligaciones jurídicas superiores en la función administrativa.	68
2.3. EN EL CAMINO DE UNA NUEVA CONCEPCIÓN DE «FALLA EN EL SERVICIO».	74
CONCLUSIONES.	79

	Pág.
POSTFACIO	90
I. LA «FUNCIÓN ADMINISTRATIVA». CONJUNTO DE PRINCIPIOS JURÍDICOS QUE SUPONEN UNA ELUCIDACIÓN CONTRARIA A LA PRODUCCIÓN JUDICIAL DE LA «FALLA EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO».	91
II. EL «FUNCIONAMIENTO ANORMAL DEL SERVICIO» COMO CONCEPTO INDETERMINADO Y BASE DE LA «FALLA EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO».	96
BIBLIOGRAFÍA	99
BIBLIOGRAFÍA DE SENTENCIAS	104

PRELUDIO

El devenir jurídico es un proceso sucesivo, representado por una anquilosis y una característica limitativa perpetua; por un lado se predica la libertad de la Administración Pública como fundamento de premisas evocadas a la prosecución de la autorregulación de sus actividades. Por otro, encontramos la percepción del bienestar general ínsita en sus gobernados; una y otra son ambivalencias conceptuales, una limita a la otra en su extensión, alcance y restricción.

La recalcitrante aserción según la cual, la administración instaba decisiones sobre las cuales la soberanía determinaba el contenido fáctico de las prescripciones sociales dotando a la administración de un poder inmanente, gigantesco e incontrolable ha desaparecido¹. Hoy no es sino la reminiscencia instituida por la irresponsabilidad de las decisiones monárquicas², situación desvaída con el advenimiento de la institución de responsabilidad y de sometimiento al imperio del derecho que se predica sobre las actuaciones del Estado.

El poder del Estado ya no es más una prescripción absoluta, es una disposición restrictiva. La administración se encuentra a sí misma cautiva, Escila y Caribdis sus guardianes: en una orilla de la ribera debe limitar su actuar a la consideración de derechos, y en la otra emerger directrices políticas en procura del bienestar general. Como sostiene Gustavo Zagrebelsky: «El estado, de ser algo ‘al margen’ y ‘por encima de’ la ley, como era concebido por el absolutismo monárquico, se situaba ahora ‘dentro de’ y ‘sometido a’ la ley, y se configuraba así como uno de los muchos sujetos disciplinados por el derecho»³.

Prosper Weil justificaba dicha evolución, la cual se hizo caminando desde el escondrijo precámbrico de la irresponsabilidad del Estado a las modernas administraciones occidentales, refiriendo que, «... resulta extraño que el Estado acepte voluntariamente considerarse obligado por la ley. Está en la naturaleza de las cosas que el Estado crea, de buena fe, estar investido de poder para decidir discrecionalmente sobre el contenido y las exigencias del interés general. Es necesario que se

¹ Se sostiene que ante los abusos del conocido – estado policía –, se instaura un nuevo orden que repercute sobre el distinto del concepto de administración; en ese sentido Penagos manifiesta: «En esta nueva etapa histórica se considera que el soberano no es absoluto, sino que tiene limitantes ante los derechos individuales; nace la teoría de la legalidad de los actos administrativos (...)». (PENAGOS, Gustavo. Derecho administrativo. Parte general y parte especial, Tomo II. Bogotá: Librería del Profesional, 2000. p. 44).

² En ese sentido, se recuerda: «Durante la monarquía absoluta se estructuró una concepción teórica acerca de la irresponsabilidad que se ha resumido en la conocida afirmación de que ninguna decisión del monarca podría generar responsabilidad». (GÓNGORA PIMENTEL, Genaro. Los principios de legalidad y responsabilidad patrimonial del Estado. En: La responsabilidad patrimonial del Estado. México: Instituto Nacional de Administración Pública, 2000. p. XIV).

³ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Madrid: Trotta, 2005. p. 47

violente a sí mismo para considerarse obligado a permanecer en los cauces de un derecho que le dicta determinadas formas de conducta y le prohíbe otras»⁴.

Aunado a esta evolución se engasta y se eleva por sobre otras exigencias, una petición comunitaria, propuesta desde la dialéctica interna del espíritu hasta la conciencia colectiva y que encuentra su basamento en la idea de derecho mismo, *la justicia*. La justicia, la «*medida exacta entre sabiduría y bondad*»⁵, - como sostendría Leibniz -, se eleva más que como una resonancia épica y romántica, como una verdadera coerción sobre la actividad del Estado, la misma encuentra su esencia en dos implicaciones cuya solicitación se hace efectiva por el *animus* colectivo: *i)* la distribución y, *ii)* la compensación. La primera equivale a la disgregación en igualdad de condiciones de beneficios y oportunidades, derivando en la igualdad de consideración y respeto propia de todos los sujetos individualmente apreciados, obertura suficiente y necesaria a la justicia correctiva.

La segunda, *la compensación*, «ocurre cuando se ha causado un daño y la víctima reclama una compensación e indemnización»⁶; esta característica se presenta una vez quebrantada una facultad presente y exigible en un sistema jurídico dado, el cual reclama la estabilidad alterada y soslayada por una acción que el derecho condena.

A estas dos percepciones es a la que refiere su adagio celeberrimo Maurice Haurio, al constatar: «*Hay dos correctivos de la prerrogativa de la Administración reclamados por el instinto popular, cuyo sentimiento respecto al poder público puede formularse en estos dos brocardos: que actúe, pero que obedezca a la Ley, - que actúe, pero que pague el perjuicio*»⁷. Siendo así las cosas, la institución jurídica de la responsabilidad estatal se instaura como un objeto inamovible que reconoce en el poder de la administración pública una potencial y eventual detracción patrimonial, física y moral de un sujeto individualmente dañado, empero sin desconocer, en modo alguno, los beneficios de la intervención estatal sobre la población.

Con la avenencia de la responsabilidad estatal, se deslinda los presupuestos draconianos en que incurría el Estado, para dar paso a la justicia redistributiva que observa con especial énfasis a la víctima, a fin de dejarla indemne después de una actuación material aviesa al sistema jurídico, o que concordante con el mismo, rompe con el presupuesto igualitario sobre el cual están creadas las democracias occidentales. Así, el sujeto trasegado y desmedrado con la actuación administrativa encuentra tras incoar una acción procesal directa y supuestos todos los elementos de la

⁴ WEIL, Prosper, Derecho administrativo. Madrid: Civitas S. A., 1989. Citado por: POLO F., Juan A. Elementos de derecho administrativo. 2 ed. Bogotá: Fundación Fondo de Publicaciones Universidad Sergio Arboleda., 2001. p. xi.

⁵ LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. El derecho y la equidad. La justicia. La sabiduría. México: Centro de Estudios Filosóficos Universidad Nacional Autónoma de México, 1960. p. 293 y ss.

⁶ HART, H. L. A. El concepto de derecho. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004. p. 197 – 198.

⁷ HAURIO, Maurice. Précis de droit administratif, 12^a ed. París: 1993. p. 31. Citado por: SAAVEDRA, Ramiro. La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública”. 5^a Reimpresión. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2008. p. 185.

responsabilidad administrativa, una reparación por equivalente, atendiendo a la graduación del daño producido, daño por ende jurídicamente relevante, esto es, daño antijurídico.

I. EL SURGIMIENTO DEL ESTÁNDAR CONSTITUCIONAL DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

Tras la impresión de ocho constituciones políticas⁸, la primera en 1811 y la última, la Constitución de 1991, que instituyó el ordenamiento jurídico colombiano imbricado sobre la base de la idea fecunda y plurimencionada de un «Estado Social de Derecho», y tras los esfuerzos de la Asamblea Nacional Constituyente que instauro esta última, se adscribió por primera vez en el canon constitucional una cláusula superior de responsabilidad estatal, formulada la misma en el artículo 90 de la Carta de la siguiente forma:

«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 este.»

No pretendiendo afirmar con la aserción antes enunciada, que la responsabilidad extracontractual en Colombia era inexistente, o que se encontraba antes de la Carta del 91 en un estado quiescente, permítaseme recordar que ya con la Constitución de Cúcuta de 1821 en su artículo 177 se hacía ostensible la responsabilidad del Estado-legislador, al predisponer: «Ninguno podrá ser privado por la menor proporción de su propiedad, ni ésta será aplicada a usos públicos, sin su propio consentimiento o el del propio legislativo. Cuando alguna pública necesidad legalmente comprobada exigiere que la propiedad de algún ciudadano se aplique a usos semejantes, la condición de una justa compensación debe presuponerse»⁹.

Amalgamado a lo anterior, se evidencian los ingentes esfuerzos que realizó la Corte Suprema de Justicia antes de 1964 respecto de la responsabilidad estatal, imbricando la institución tras las

⁸ MONCAYO JIMENEZ, Edgar. Las políticas regionales en Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 13 – 14.

⁹ «Igualmente, la Corte Suprema de Justicia había reconocido desde tiempo atrás este tipo de responsabilidad. Esto lo vemos en las primeras sentencias de responsabilidad que se conocen al respecto, en donde encontramos una estricta referencia a las disposiciones constitucionales y legislativas existentes sobre indemnización del Estado, las cuales no solamente establecían casos particulares de daños atribuibles al legislador, como en 1821, sino también ciertos requisitos para acceder a ese derecho, propios de la legislación sobre la guerra o la expropiación». (MOLINA BETANCUR, Carlos. Particularidades de la responsabilidad del Estado por la actividad del poder legislativo. En: Estudios sobre la responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México. Universidad Autónoma Nacional de México, 2007. p. 462 – 463).

premisas de la responsabilidad *ius-privatista* y recogiendo las prescripciones de los artículos 2341 a 2360 del Código Civil, razón de ello, entre otras, es la tesis imbuida por el fallo Tinjaca de 30 de junio de 1962, por el cual se dio paso a una responsabilidad estatal directa, desplazando la responsabilidad estatal a el estándar jurídico del artículo 2341 del Código en mención, por contraste a la responsabilidad estatal indirecta imbuida por los artículos 2347 y 2349 *ibidem*, en deferencia a la culpa *in eligendo* e *in vigilando*, y obliterando la tesis más reciente antes de producirse el fallo, la tesis organicista de responsabilidad estatal¹⁰.

Cuanto también no es de recibo desconocer, que el Consejo de Estado antes de la disposición jurídica en comento, solícito respondía a las demandas instauradas en busca de la responsabilidad estatal, presupuestando el camino para lo que en la actualidad se reconoce como la institución de responsabilidad en Colombia; razón de ello es el fallo de 29 de julio de 1947, El Siglo S. A., que trajo de suyo la responsabilidad estatal objetiva por daño especial sobre la base de la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, por el cierre de un periódico tras la revuelta propiciada por unos oficiales en la ciudad de Pasto, que termino con la sujeción ilegal del presidente del país Alfonso López¹¹.

Volvamos de nuevo a la clausula de responsabilidad instituida en el artículo 90 constitucional, la misma, adscribió un esquema de responsabilidad extracontractual del Estado, en el cual, el daño antijurídico avino en epicentro para la consecuente imputación de responsabilidad. Prístinamente se conjeturó que, la substancia del estándar de responsabilidad constitucional era la génesis de la entrada en vigor de una «responsabilidad extracontractual estricta»; percepción imbuida por la inveterada y poco innovadora subsunción de teorías extranjeras, como la presente en España, país que enaltece una responsabilidad totalmente objetiva en razón del artículo 106.2 de su Constitución. Cuanto también por la injerencia de dos únicos elementos dentro del estándar superior para la declaración de responsabilidad por un acto material de la administración, los cuales son: α) el daño antijurídico – lesión resarcible – y, β) la imputabilidad a una autoridad pública.

Se supuso obliterada la responsabilidad con miramiento en el «concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción», para dar vuelta y observar sin más al «concepto objetivo de la antijuridicidad del daño», soslayando la responsabilidad estatal con basamento en un juicio orgánico, fragmento de la formula de imputación de responsabilidad manifestado en el criterio «funcionamiento anormal del servicio».

Sin embargo, tras cierto interregno, más en el asenso teórico que jurisprudencial, el Consejo de Estado decidió reconducir sus providencias de acuerdo con los estándares de responsabilidad en vigor y eficacia precedentes a la expedición de la Constitución política de 1991, empero de ello,

¹⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA., Sala de Casación Civil, junio 30 de 1962. M. P. Dr. José J. Gómez.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO., julio 29 de 1947, «Indemnización por Clausura Periódico el Siglo». C. P. Dr. Gustavo A. Valvuen.

yuxtaponiendo la trascendencia de la institución con la advertencia que esta podría constituir un daño antijurídico bien sea por una actuación lícita, daño especial por ejemplo, o por una actuación ilícita, verbigracia, la falla del servicio¹².

Como manifiesta el Doctor Juan Carlos Henao, al prescribir: «En efecto, si bien se le ha dado un golpe duro a la noción de falla del servicio, puesto que no necesariamente tiene que ser el único fundamento para que procediera la declaratoria de responsabilidad, se debe recordar que 'la consagración misma del daño antijurídico como supuesto de la responsabilidad estatal no está ni objetivándola ni descartando de dicha responsabilidad la noción de falla del servicio, sino sólo ampliando su ámbito de aplicación', puesto que 'no es del todo exacto que luego de la expedición de la Carta de 1991 la responsabilidad se volvió objetiva y que en ningún evento se pueda probar la conducta irregular de la administración que produjo el daño, aunque sí puede estimarse que la jurisprudencia deberá tener también en cuenta ese criterio objetivista para su interpretación»¹³.

II. LA PRESENCIA CONSTANTE DE LA «FALLA EN EL SERVICIO» EN LAS DECLARACIONES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN COLOMBIA.

La responsabilidad civil extracontractual del Estado por «funcionamiento irregular – anormal – del servicio» requiere para su relevancia jurídica de la injerencia de ciertos elementos, los cuales obliterados degeneran en la no declaratoria de responsabilidad, o acaecido un daño el mismo debe ser soportado por la víctima. En ese entendido, los hermanos Mazeud sostienen que para la declaratoria de responsabilidad imbuida por un *quid* subjetivo es necesario del concierto de: α) «daño» – por supuesto, antijurídico –, β) «culpa» – la falla en el servicio –, γ) «nexo causal»¹⁴.

Existiendo en el plano de la responsabilidad *extra contractus* del Estado, situaciones que requieren de la calificación de la conducta desplegada por el agente en una actuación material, aparece como digna de encomio la inclusión de un estándar orgánico propiciada por el Consejo de Estado colombiano para la declaración de responsabilidad a fin de evitar una providencia imbuida por la responsabilidad estricta, palmariamente excedentaria y avilantada de la realidad social y antropológica característica del país.

¹² Razón de ello, es la siguiente aserción: «...el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esta doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva». (CONSEJO DE ESTADO. SCA., Secc. Tercera, julio 13 de 1993, Exp. 8163, C. P. Dr. Juan de Dios Montes Hernández).

¹³ HENAO, Juan Carlos. La responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia. En: La responsabilidad patrimonial del Estado. México: Instituto Nacional de Administración Pública, 2000. p. 135.

¹⁴ MAZEUD, Henry. MAZEUD León. Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil y contractual. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa, 1977. Citado por: CONSEJO DE ESTADO., SCA., Secc. Tercera, octubre 24 de 1990, C. P. Dr. Gustavo de Greiff Restrepo.

Ad exemplum, la responsabilidad estatal derivada por obligaciones de medio, en el cual la incuria o negligencia del sujeto que enlaza la responsabilidad directa de la administración determina el nivel en la prestación del servicio saturado. Razón de ello es la sentencia de 24 de enero de 2002, en la cual el Consejo de Estado sentenció la conducta presupuesta por el Hospital Militar Central en una actuación quirúrgica, en la cual operó como resultado un trauma afásico permanente impidiendo al paciente la posibilidad de leer y escribir. El tribunal, mantuvo la decisión de que el percance ocurrido era un riesgo inmanente a la operación dada y que, de acuerdo con la *lex artis* no era posible esperar un resultado contrario por la ubicación del *lomus*. Por lo cual, se declaró la no responsabilidad por incuria o falta de diligencia y cuidado, pues el médico actuó como se esperaba actuase cualquier otro galeno en su situación. Empero de ello, la responsabilidad del Estado en el caso en comento se concretó, no por la incuria, la cual fue desestimada, sino por la ausencia de consentimiento informado en la relación médico-paciente, resultante para el paciente en la pérdida de una oportunidad, cual fue la de elegir un tratamiento diversificado o negarse a la actividad quirúrgica¹⁵.

En contraste, los sistemas jurídicos que han adoptado una responsabilidad estricta, totalmente objetiva, depauperando el «concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción» para amalgamar a una conducta la responsabilidad estatal, hasta llevarla a desdibujar la institución de responsabilidad, han encontrado un *totum revolutum*. Razón de esto es, en la jurisprudencia española, la sentencia prodigada por el Tribunal Supremo de 14 de junio de 1991, la cual generó un verdadero tropiezo para la teoría de la responsabilidad objetiva, teoría deudora de una réplica perenne, constante y sin intermisión en contra de un concepto orgánico para desencadenar la actitud reparadora del Estado.

En ésta providencia, el Tribunal Supremo Español sentenció la conducta del Instituto Nacional de Salud, por una intervención quirúrgica para evitar la morbilidad de una paciente que padecía de «aneurisma gigante de ambas carótidas supraclinoideas», clipándose una de ellas; operación que produjo consecuencias desfavorables para la paciente. El Tribunal Supremo decretó la responsabilidad de la entidad, sin mayor razonamiento en los presupuestos esgrimidos por los peritos sobre la conducta acaecida por el médico, los cuales, advocaron la operación quirúrgica como un procedimiento médico reglado por la *lex artis*, sin posibilidad de diversificar su realización, descartando con esto la ausencia de diligencia y cuidado realizada en la actividad avenida para el momento.

El Tribunal Supremo concluyó: «... a partir de la falta de culpabilidad del doctor que intervino (...) su conducta no ha de ser enjuiciada aquí bajo el *prima psicológico* o normativo de la culpabilidad, sino más bien, desde la estricta objetividad mecánica de un comportamiento que se inserta, junto con otros eventos, en la causalidad material, a nivel de experiencia, en la producción del resultado».

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO. SCA., Secc. Tercera, enero 24 de 2002, Exp. 12706, C. P. Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros.

Declarando la responsabilidad por la injerencia de dos elementos: la relación causa-efecto y el daño producido a la paciente¹⁶.

Sin embargo, aunque esta sentencia encumbra la idea de «responsabilidad objetiva», existen casos en los cuales, esa idea se observa desdibujada y su determinación se presenta imprecisa. Tal inserción es hasta cierto punto ilusoria, dado que para ciertos eventos la jurisprudencia española ha instituido la responsabilidad de la Administración Pública aludiendo al «funcionamiento anormal del servicio», con lo cual, el carácter estrictamente objetivo se subvierte por un componente orgánico¹⁷.

Lo trascendente e insoslayable aquí es, conceder a nivel pragmático la necesidad de la «falla del servicio» como fragmento substancial de la responsabilidad extracontractual para judicializar ciertas conductas administrativas, empero además, se entiende como criterio de excelencia, el cual presupuesto, determina eslabones de comportamiento y pautas de crítica sobre la ejecución del dinamismo desarrollado por las autoridades públicas efectuados en cumplimiento de los fines atribuidos a la estricta actividad de la Administración.

El profesor Barros, repara sobre la necesidad del *quid* subjetivo, presupuestando: «... precisamente hay casos en que las mejores razones son para que haya lugar a la responsabilidad aun en ausencia de negligencia, por lo que en todos los sistemas jurídicos existen actividades o riesgos que suelen estar sujetos a reglas de responsabilidad estricta. El problema radica en que a diferencia de lo que ocurre con la negligencia, son incontables las situaciones en que no es sensato que el mero hecho del daño sea condición suficiente de su reparación; tampoco hay experiencia que muestre la viabilidad de un régimen de responsabilidad de este tipo»¹⁸.

III. UN PERCANCE RECURRENTE: LA INDETERMINACIÓN EXISTENTE EN LA EXPRESIÓN «FALLA DEL SERVICIO»

Ingentes y razonados argumentos se han presupuesto manifiestos contra la declaratoria de responsabilidad que tiene por acicate un componente orgánico, como es el advertir que la falla en el servicio constituye una restricción en manos del *iudex* para evitar la declaratoria de responsabilidad, obscureciendo la relación de causalidad y obrando en manos de la víctima la reparación del daño a ella irrogado, en los eventos en que la misma se tiene por elemental para la declaratoria de

¹⁶ TRIBUNAL SUPREMO. España. Sala de lo Contencioso., Secc. Tercera, junio 14 de 1991, STS: 16257/1991, P. José María Reyes Monterreal.

¹⁷ En ese entendido, puede ser muy ilustrativo observar: (TRIBUNAL SUPREMO. España. Sala de lo Contencioso., Secc. Sexta, diciembre 12 de 2006, STS: 7117/2002, P. Octavio Juan Herrero Pina).

¹⁸ BARROS, Enrique. La responsabilidad civil como derecho privado. Notas sugeridas por la reseña de C. Rosenkrantz al tratado de responsabilidad extracontractual. En: Centro de Estudios Públicos de Chile. Vol. 112 (primavera. 2008); p. 319.

responsabilidad. Algunos además, sostienen una percepción refractaria y pertinaz, afirmando que la responsabilidad inscrita en el canon constitucional crea un cisma ineluctable entre la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad estricta, deprecando con deliberada intención una regulación objetiva sobre la responsabilidad estatal¹⁹.

Engastado a lo mencionado se tiene, que la evolución histórica de la responsabilidad extracontractual del Estado, es un trashumar que tiene por matriz la creación judicial, en contraste a lo que en un país imbuido por la disposición constitucional del artículo 230 que enaltece el principio de legalidad sobre la actividad judicial, representa a la institución de responsabilidad como un subconjunto jurídico *sui géneris* de especial trascendencia²⁰.

Trasvasar del dogma de la preexistencia total del sistema jurídico²¹ a la discrecionalidad arrogada en el juez por la injerencia que presuponen los estándares abstractos de regulación de conducta debida es un verdadero embrollo. No es difícil asimilar al fragmento de la institución de responsabilidad materializado en la conducta del agente obrante del daño, conocido como «falla o falta del servicio», a la proposición instituida por Josserand, al determinar: «La culpa es un pecado jurídico que nunca hemos podido definir»²².

Ilustrar cuáles son los contornos que determinan qué conducta es o no una falla del servicio es una empresa sumamente entramada. La jurisprudencia nacional y foránea ha establecido que la responsabilidad subjetiva materializada por la injerencia de una «falla o falta del servicio» se encuentra objetivamente determinada, pues todos sus elementos se encuentran en igual forma

¹⁹ Sobre el particular, se afirma: «Creemos que el artículo 90 de la C. P. no puede terminar en una interpretación en la que se estime que, aun bajo su contexto, la falla en el servicio sigue siendo el régimen general de la responsabilidad; ello deja la impresión de no querer abandonar una teoría que resulta muy cara para la doctrina y la jurisprudencia». (BERMÚDEZ, Martín. Responsabilidad de los jueces y del Estado. La responsabilidad de los daños antijurídicos causados por el funcionamiento de la administración de justicia y por el error judicial. Bogotá: Librería del Profesional, 1998. p. 107. Citado por: HENAO. La noción de falla del servicio como violación de un contenido obligacional a cargo de una persona pública en el derecho colombiano y en el derecho francés. Op. cit. p. 59).

²⁰ En ese entendido, la doctrina nacional ilustra en similares fragmentos: «En un sistema jurídico casi totalmente legislado, como el colombiano, resulta cuanto menos curioso encontrar una teoría cuyo origen y gran parte de su desarrollo haya obedecido a la sola iniciativa del juez». (HERNANDEZ, Alier; FRANCO GÓMEZ, Catalina. Responsabilidad extracontractual del Estado. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007. p. 1).

²¹ Resulta ilustrativo, el argumento de García Amado, al describir las escuelas, francesa y alemana del siglo XVIII, percibiendo: «Estas dos escuelas tenían en común su carácter ingenuamente formalista en materia de decisión judicial. Sostenían ambas que la decisión del juez tenía un carácter puramente formal, ya que consistía en un simple silogismo a partir de premisas que al juez le venían perfectamente dadas y acabadas». (GARCÍA AMADO, Juan. ¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial? O de cómo en la actual teoría del derecho (casi) nada es lo que parece. En: Berbiquí: Revista del Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia. Vol. 30 (nov. 2005); p. 153).

²² LIMPENS, Jean. La faute et l'acte illicite en droit comparé. Paris: Ed. Bruylant, 1963. p. 732. Citado por: MANTILLA ESPINOSA, Francisco. TERNERA BARRIOS, Francisco. La 'culpa' en la responsabilidad civil extracontractual del derecho colombiano. En: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros. N. 12 (diciembre de 2006). p. 128.

circunscritos a una necesidad inconcusa. En ese entendido, el profesor Michel Paillet, arguye: «Se admite así mismo en doctrina, sin que esta opinión esté sujeta a discusión, que la culpa de servicio tiene un carácter objetivo 'porque la apreciación de esta culpa es una apreciación de elementos objetivos'»²³.

Sin embargo, eso no parece del todo incontrovertible, pues la necesidad de un reproche subjetivo sobre la conducta del sujeto que despliega una conducta, la cual observada por el juez se constituye en «falla del servicio», por ser la misma una actitud nefaria a lo que se esperaría es la prestación del servicio en la conducta desarrollada, a falta de un estándar de cuidado resoluble e irrefutable, no puede ser, en modo alguno, objetiva en sí misma en tratándose de estándares abstractos, más bien que objetiva, es una quimera matemática para el operador judicial.

La falla del servicio será objetiva, si y sólo si, la misma se encuentra determinada por estándares no dubitativos, es decir que no encierren presupuestos arcanos o apocalípticos, si esto no es así, y si los presupuestos objetivos son cabalísticos, entonces la presupuesta objetivación de la falla no será más que una forma de obscurecer la actividad judicial palmariamente espiritual al momento de determinar la falla en la que ha incurrido la Administración por conducto de la responsabilidad directa que predica la misma por el actuar de sus autoridades públicas.

De no ser así, las construcciones dogmáticas no serán más que galimatías impregnadas de una supuesta realidad objetiva, pero obscurecidas bien por el desorden de ideas que las mismas conllevan, bien por la impropiedad de la frase, o bien por la discrecionalidad en sentido fuerte que permite al juez una determinación espiritual-subjetiva en tratándose de conductas reguladas por el *quid* subjetivo en mención.

Aunado a lo anterior, si se admite, como se tuvo la oportunidad de afirmar en la sección precedente, que la falla en el servicio, además de condenar una conducta reprochable, enaltece como lo ha querido la jurisprudencia del Consejo de Estado, un nivel de excelencia en la prestación del servicio público, al instar: «La Sala de tiempo atrás, ha dicho que la falla del servicio ha sido en nuestro derecho y continua siendo el título jurídico por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete – por principio – una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda de que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual»²⁴, tal determinación en razón de la irresolución en la delimitación de qué es o qué no es falla en el servicio, puede llevar de forma irrefragable al inconveniente manifestado en la duplicidad moral, cuál, la que el ordenamiento jurídico impone, como conjunto de disposiciones jurídicas en armonía de fines establecidos como presupuesto ecuménico y la responsabilidad que el juez irrogaría a la Administración Pública por una

²³ PAILLET, Michel. La responsabilidad administrativa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001. p. 169.

²⁴ CONSEJO DE ESTADO., SCA., Secc. Tercera, junio 13 de 1993. Exp. 8163.

actividad que en su idiosincrasia atomizada consideraría no debió advertirse perceptible en el mundo sensible.

Sostendré, dos perspectivas: la primera sección de este escrito estará imbuida por una percepción crítico-inmanente, la cual busca dejar de lado los presupuestos tenidos por verdades inconcusas en la doctrina, percepción que ha permeado con mayor atractivo en la conciencia del lego, y en un número de abogados significativo; como teoría suficiente para consolidar a la falla del servicio como una prescripción jurídica determinable o determinada. El bastión para tal demostración es el supuesto que, la injerencia de estándares jurídicos, extrajurídicos (no concluyentes) y la praxis judicial en el tratamiento de la falla del servicio más allá de presuponer su completitud, contribuyen a su propia indeterminación e incertidumbre. La concurrencia tanto de derechos, como de libertades y restricciones públicas no da cuenta de una resolución al problema mismo de la indeterminación del concepto falla del servicio, sino que, por el contrario, lo medran. Resulta pues, si es que mi interpretación es correcta, que todo intento por objetivar la falla del servicio obscurece su propia dinámica.

La sección segunda, tratará de demostrar que, la concepción de falla del servicio, ésta como institución que regula una obligación jurídica en manos de la Administración Pública, y que obra además, como criterio moralizador de la actividad de las Autoridades públicas en su función administrativa debe dar cuenta de una serie de reparos propuestos en la sección I. El concepto mismo de falla del servicio deberá como primera instancia sugerir la mejor prescripción en tratándose de la colisión presente, entre estándares supuestos objetivos y decisiones arbitrarias judiciales, sobre la base que la falla del servicio como estándar jurídico se constituye en una disposición jurídica abstracta, lo cual impide su particularización completa. Sostendré además que, una vez propuesto el concepto de falla del servicio, cuya terminación no es ostensible en este escrito, sino simplemente una mejor interpretación de lo qué es esta convención jurídica, permitirá una mejor comprensión de las exigencias materiales impuestas a la Administración en razón de los presupuestos teleológicos de los cuales se encuentra impregnado el ordenamiento jurídico.

Resulta sensato aperebir, en este ya extenuante proemio o introito, que la empresa presente no opta por evidenciar, a través de un conocimiento construido metodológicamente en oposición a ideas individuales, un eslabón para todo el universo de formas en que puede operar la falla o falta del servicio en la función administrativa. Sin embargo, su objeto mismo advierte su virtud, el cual pretende hacer perceptible el entorno jurídico en que, los criterios para declarar la existencia de una falla en el servicio frente a supuestos de hecho idénticos, resultan presentarse diversificados no sólo entre los diversos tribunales, sino además, al interior de cada uno de ellos. Situaciones que en algunos eventos ocasionan o pudieren ocasionar la declaración imbuida por una falla en el servicio, en tiempo diferente, en cambio, no alcanzan la merecida imputación. Expresado en similares términos, el trabajo aquí expuesto, busca ilustrar el inconveniente consistente en brindar tratamientos salomónicos a situaciones de hecho que debiesen suponer igual señalamiento, realidad que periclita a la predicada objetividad de la falla en el servicio a una iridiscente inconsecuencia.

1. EL CARÁCTER CABALÍSTICO DE LA «FALLA EN EL SERVICIO» EN LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

La falla en el servicio no es algo que yace ya definido y delimitado. No, es una convención jurídica que por su carácter abstracto es culpable de su propia obscuridad. Se ha sostenido con grandilocuencia por Henry Dupeyroux que, la falla en el servicio es «la violación de una obligación administrativa»²⁵, empero, ¿qué podría tener más ausencia de completitud y ser más conceptuoso, ¿acaso ya se ha dicho todo al respecto?

Nadie puede dudar con absoluta sinceridad, el carácter restrictivo de la ley sobre la Administración Pública y sobre los particulares, con toda pudiere ser que, un anarquista inadvertido y audaz, sí. Sin embargo, cuando esta obligación se encuentra así misma difuminada por una suerte de valores, deberes y además por una insoluble indeterminación jurídica no basta con suponerla delimitada, sencillamente esto resulta imposible.

Dónde encontrar ese débito obligacional que, supuesto roto permite evidenciar de forma inconcusa la obligación fragmentada por el actuar administrativo, esto es, donde está el límite entre el funcionamiento exitoso del acto administrativo y de la actuación material, por contraste a una actuación estatal *per incuriam*. Nosotros observadores humanos exiguos parecemos no tener una respuesta certera a tal predicamento. Basta con observar los cambios bruscos en la noción de falla del servicio, primero como «la sustracción de las leyes del servicio», después con un poco más de sutileza, cuando se evidenció la falla del servicio como, «la conducta irregular de la administración»²⁶. Pero sin duda alguna, la definición con mayor asenso es, la que presupone que la falla del servicio es el «incumplimiento de una obligación estatal»²⁷.

Todas estas definiciones buscan la respuesta a la pregunta, ¿qué la «falla o falta del servicio» es?, y un común denominador permite en sentido simple y exiguo definirla como: la cualificación de una conducta realizada, *s. a.* bien por acción, bien por omisión por una o más de las autoridades públicas que componen a la Administración, contraria al actuar que la Constitución y la ley imponen, en razón de su sujeción al derecho mismo. Sin embargo, el estándar así configurado no deja de ser problemático, y su aplicación, un ejercicio de interpretación de qué sea lo que exige la Constitución y/o la ley, puede hacer que la institución devenga excesivamente elástica para la configuración de responsabilidad estatal, cuanto también acaezca en extremo contraída para la declaratoria de no reparación por equivalencia por una actitud material o viceversa.

²⁵ DUPEYROUX, Henry. *Faute personnelle es faute du service public*. Paris: Tesis, 1922. p. 217. Citado por: HENAO. La noción de falla en el servicio como violación de un contenido a cargo de una persona pública en el derecho colombiano y en el derecho francés. Op. cit. p. 60.

²⁶ CONSEJO DE ESTADO. SCA., Secc. Tercera, agosto 05 de 1994, Exp. 8485, C. P. Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

²⁷ HERNÁNDEZ; FRANCO GOMEZ. Op. cit. p. 12.

En nada favorece sostener que la falla del servicio es, sin más, una actuación contraria al actuar administrativo esperado según la Constitución, ley o reglamento, empero tal vez sí, a su propia indeterminación. Recuérdese lo que sostenía Ronald Dworkin, al precisar: «... actuamos entonces como si el derecho hubiera murmurado su sentencia, en voz demasiado baja como para ser escuchada con claridad. Somos súbditos del imperio de la ley, vasallos de sus métodos e ideales, amarrados de espíritu mientras debatimos qué debemos hacer»²⁸.

Sin embargo, existe certeza en el concepto de falla del servicio cuando se sostiene como lo hace el Doctor Juan C. Henao, al predisponer que, la falla es «la violación de las obligaciones que comprometen la responsabilidad estatal»²⁹, no obstante, esto tan sólo es una parte de la definición de falla del servicio, pues resulta imposible suponer que esta noción no sea consabida por aquellos a quienes su aplicación compete, y sin embargo, su irresolución siempre se hace presente.

En este capítulo introductorio me permito dirigir mi crítica contra una percepción extrema respecto del título jurídico que nos ocupa, y es aquella que ha observado en la falla un criterio objetivo, aunque bien puede servir para oscurecer el camino de la percepción débil, que supone nos encontramos – en el actual estado de la jurisprudencia – en un proceso de objetivación de la falla del servicio. Sostendré que, con un ejercicio de observación de la incidencia de la teoría en la praxis, tal axioma no presupone más que una quimera, *ergo* un engaño.

1.1. LA «FALLA DEL SERVICIO» EN LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA DE LAS AUTORIDADES PÚBLICAS.

Principios perniciosamente aprehendidos, axiomas precipitados, un refinado egoísmo indeliberado y grácil de quien escribe tras un lenguaje sonoro y rotundo parecen ser el *médium* para trashumar de la ignorancia a verdades inconcusas y divinas. Y así, como cuando se sube el telón y un prestidigitador engaña a sus espectadores con el evanescer de la materia, se precipita sobre nuestra conciencia, *sub speciem aeternitatis* la objetividad de la falla del servicio, como si el entendimiento ya hubiese sido explanado y sólo pudiésemos ofrecer nuestro asenso a una verdad umbrosa que ha salido a la luz. Sin embargo, no existe nada que sea admisible sin presuponer una cuestión, y tal cual se trasvaso del empirismo occidental de Mill y Hume, al fenomenalismo de Hegel y de Husserl, se puede pasar de ese concepto mecanicista de objetividad, hasta llegar a las dehesas del desconcierto, aquel lugar donde el concepto de falla en el servicio aparece indistinto y la objetividad sólo es un presupuesto delusorio, donde el impresionismo hace su aparición, esto es, un supuesto jurídico perceptible por la impresión luminosa de la subjetividad y no por la supuesta realidad objetiva.

²⁸ DWORKIN, Ronald. El imperio de la justicia. Barcelona: Gedisa, 1998. p. 11.

²⁹ HENAO. La noción de falla en el servicio como violación de un contenido a cargo de una persona pública en el derecho colombiano y en el derecho francés. Op. cit. p. 62 y ss.

La falla del servicio es una convención, un subconcepto tan indeterminado como lo es el concepto del cual depende, el derecho. Una convención, podría decirse, que posee una función designativa para un contenido contrario a una regla primaria de cuidado debido obrante sobre la Administración Pública. El concepto mismo da cuenta de su propia existencia, observado como una práctica perenne, constante y sin intermisión en la institución de responsabilidad operante en manos del juez. No es en este sentido, un enunciado que exprese una inviabilidad de orden racional, pues la práctica judicial descarta esa característica aporética. Sin embargo, tal verdad no lo es menos que aquella que hace evidente su borrosa configuración.

La tendencia jurídica moderna ha realizado un gran avance en la apreciación de la falla del servicio, presuponiendo límites que excedidos suponen un juicio draconiano y una avilantez al derecho mismo. Sin embargo, ¿esto se ha logrado? Cierta es, la existencia de senderos en la interpretación de una conducta material administrativa, como también, lo es el hecho que, en la inmensa mayoría de las ocasiones el juez sabe que norma aplicar a un caso avenido. Empero, al seguir con miramiento y continencia la actitud desplegada por el juez en la apreciación de un *quid* subjetivo cuando de conductas administrativas se trata, aparece como actor principal la incertidumbre en la falla del servicio. Así, se hace presente cierta tendencia artificiosa, que encubre una metafísica de abstrusa comprensión, el presuponer como contornos cerrados, demarcaciones que por su propia configuración permanecen elásticas, y aún más audaz resulta denominar a ello con el adjetivo «objetividad».

Sin duda, como sostenía John Archibald Wheeler: «Todo nuestro problema reside en cometer los errores con la mayor rapidez posible»³⁰, en dar por cognoscible a la falla del servicio, cuando su propio pragmatismo – para utilizar una expresión de Pierce –, nos condenan una y mil veces a un periplo cuya génesis es la indeterminación.

1.1.1. La Indeterminación del Concepto «Falla en el Servicio» en la Concepción Jurisdiccional.

Resulta prudente observar que, aquella consideración según la cual, la falla o falta del servicio se encuentra circunscrita a estándares que evidencia un esplendor objetivo en su aplicación, supone admisibles dos quimeras: la primera implica que, en tanto a la noción en comento se refiere, no es posible aperebrar una línea jurisprudencial abroquelada en su tratamiento, pues ésta presupone un pragmatismo polivalente y ni con mucho enteramente uniforme; la segunda cuestión, remite a la naturaleza indivisible de la jurisprudencia patria, supuesto presente en la reflexión propuesta a la respuesta al enigma: ¿resulta, pues, posible hablar al interior de nuestro sistema jurídico de la injerencia de «líneas jurisprudenciales»? Sobre éste última rencilla es menester advertir que, no en un periodo suficientemente amplio, la noción «línea jurisprudencial» ha adquirido cierta afición en la conciencia-*iuris*, sin que sea posible asegurar en qué estricto estadio se ha generalizado su aplicación, y aún peor, de cuándo a la actualidad se presupone que obliterado tal recurso no es

³⁰ POPPER, Karl R. Conjeturas y refutaciones. Barcelona: Paidós Básica, 1991. p. 20.

factible evidenciar una actitud jurisprudencial de sistema recta y en *sindéresis*. Además, tal estándar supone, y de modo aún más pernicioso, que cualesquier cita de un aparte jurisprudencial corre la suerte de corresponder a fases ya superadas y tenidas por anacrónicas.

Lo anterior expresa una evidente trascendencia, en un momento en el cual se da comienzo a la discusión sobre la validez jurídica de la jurisprudencia como fuente, mas no como criterio auxiliar – evento patente en el proyecto de código contencioso administrativo –, situación calamitosa para una institución eminentemente pretoriana, como lo es, la responsabilidad extracontractual del Estado. Aserción que adquiere verosimilitud, en tanto, la jurisprudencia oscila en tratamientos diversificados sobre supuesto de hecho idénticos en un mismo y diferente tiempo. Así, cuando avanzan paralelas, a lo menos, dos líneas jurisprudenciales sobre una misma disposición jurídica (como es aquí, el funcionamiento anormal del servicio), – fuera de la incredulidad referente a las líneas jurisprudenciales (observado su actual tratamiento) – surge un escollo de mayores dimensiones, cual es la imposibilidad en predicar la existencia de «una» línea jurisprudencial.

Permítaseme, colacionar las siguientes enmiendas jurisprudenciales que, más allá de evidenciar una gélida sobre la predicada delimitación de la falla en el servicio, presuponen un fulgor que baña de luz la indeterminación en el título de imputación orgánico; por lo cual, minucioso sería no ovacionar tratamientos lineales y uniformes (líneas jurisprudenciales), sino proponer contraposiciones empíricas que evidencian una inflexión al interior de ciertas conductas – supuestas objetivas – con el propósito de abjurar aquella sublimidad inútil que periclita a un arcano inasible e irremisible a el funcionamiento anormal del servicio en la función administrativa, cuando éste, encumbra, ni con mucho, un almizcleño *quid* subjetivo rodeado de una glacial determinabilidad.

En materia judicial, la cualificación de la conducta aviesa a derecho supuesta *ad itidicem*, puede – sin necesidad de un análisis exhaustivo –, exteriorizarse en tres diversificadas situaciones controversiales:

1.1.1.1. Existe una Serie de Casos en que la «Falla del Servicio» se Observa Imprecisa en el Propio Tribunal de Cierre.

En efecto, esto sucede cuando en la misma línea de validez judicial, los jueces componentes de un órgano judicial colegiado emiten criterios desemejantes sobre el acaecimiento o no de la falla del servicio en una actuación material administrativa. Obsérvese, la sentencia de febrero 10 del 2000³¹, por ejemplo, providencia en la cual se sentenció la responsabilidad conjunta de una institución educativa universitaria y una entidad oficial prestadora de salud, por la muerte efecto de la injerencia de shock séptico de un estudiante que padecía de apendicitis aguda. El estudiante fue atendido en la oficina de bienestar universitario de la entidad educativa durante diversas consultas, la primera de las cuales refirió una sospecha por apendicitis; sospecha que en las consultas subsiguientes a ésta

³¹ CONSEJO DE ESTADO., SCA., Secc. Tercera, febrero 10 de 2000. Exp. 11878, C. P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

no fue descartada. En la última consulta, se decide remitir al paciente a la entidad oficial de salud, donde tras la elaboración de ciertos exámenes médicos no fue posible determinar la enfermedad. El paciente ante la situación presente, fue trasladado a una entidad de medicina privada, lugar donde el médico diagnosticó tras una operación diversa «apéndice retrocecal», el cual en sí mismo, imposibilita el diagnóstico efectivo de la apendicitis, produciéndose la muerte del paciente en las horas subsiguientes.

En este caso, la Sección Tercera del Consejo de Estado decidió en su mayoría endilgar responsabilidad por «falla del servicio» sobre las dos entidades; la entidad universitaria sobre el presupuesto del error producido en las consultas subsiguientes al no descartar la sospecha de apendicitis, y la entidad oficial de prestación de salud, puesto que no utilizó los medios suficientes para proferir el tratamiento oportuno.

Sin embargo, la decisión no fue compartida, existiendo un salvamento de voto, arguyendo dentro del mismo, la inexistencia de una «falla en el servicio» en el caso en mención, señalando, entre otros argumentos que, observada la conducta desplegada por los médicos el Tribunal de Ética Médica no encontró óbice para endilgar responsabilidad a los mismos, puesto que estos actuaron de acuerdo a los cánones de conducta exigibles por las disposiciones del código de ética médica. Además, se adujo que la configuración física del estudiante generaba por sí, un difícil diagnóstico³².

1.1.1.2. La Ocasional Inobservancia de la Noción Jurisprudencial de «Falla del Servicio» por parte de los Jueces y Tribunales.

Percance que se suscita no pocas veces, en razón de la dinámica misma del recurso de apelación que, en cabeza del Consejo de Estado otorga la posibilidad de diferir de la sentencia proferida por el tribunal administrativo de primera instancia por considerar razones antepuestas a la providencia objeto de apelación al definir la existencia o no de «falla en el servicio» en el actuar de la Administración. *Ad exemplum*, el fallo de noviembre 8 de 1991³³, en el cual el Consejo de Estado revocó la sentencia proferida por el tribunal de primera instancia, en un caso en el cual se cuestionó la actitud de la Administración Pública por el asesinato propiciado contra el Jefe de las Bodegas de Aduanas Nacionales, por cuanto el funcionario había ejecutado un operativo, en el cual fueron decomisadas mercancías procedentes de Panamá destinadas a los San Andresitos de la ciudad de Bogotá, para su posterior comercialización en el Aeropuerto, con el advenimiento de cierto número de miembros del Resguardo de Aduanas. Momento a partir del cual, el funcionario fue instigado por un sinnúmero de llamadas telefónicas que instaban por un atentado contra su vida. En este caso, el

³² En ese sentido, pueden observarse el salvamento de voto propiciado por la Consejera de Estado Dr. María Elena Giraldo Gómez, dentro del cual advierte: «... a pesar de la diligencia y cuidado, desplegado sobre el paciente, las condiciones particulares del cuerpo de éste eran de diagnóstico difícil (apéndice retrocecal), circunstancia no imputable a la Administración», lo cual consiste en la declaratoria de no responsabilidad estatal por ausencia de falla en el servicio (Ibíd.).

³³ CONSEJO DE ESTADO., SCA., Secc. Tercera, noviembre 08 de 1991. Exp. 6296, C. P. Dr. Daniel Suarez Hernández.

tribunal de primera instancia desestimó las peticiones de la demanda, asegurando que, de las pruebas testimoniales obrantes en el proceso no era posible determinar de forma «patente y clara» que el funcionario hubiese sido amenazado, por lo cual prescribió, «... la amenaza por sí sola a un funcionario no puede generar una responsabilidad de la Administración». Concluyo el tribunal que, no habiéndose probado la falla se abstendría de evaluar los demás componentes obrantes en la institución de responsabilidad para declarar la resarcibilidad a cargo del Estado.

El Consejo de Estado en oportunidad ulterior manifestó que, de acuerdo con los antecedentes administrativos del funcionario, era evidente que «... el Estado omitió su compromiso constitucional de protección a los ciudadanos con el agravante de que las víctimas en uno y otro asunto además de ostentar aquella condición, la de la ciudadanía, eran servidores públicos ejemplares y cumplidores estrictos de los deberes que la Administración les había impuesto... fue ostensible el descuido y abandono del Estado en su obligación fundamental de protegerlos (...)». Razón suficiente, para declarar la responsabilidad estatal por «falta en el servicio» en cabeza de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En otrora, esa ocasional inobservancia dentro del título de imputación en comento suele actuar con mayor dramatismo, haciendo de la falla en el servicio un término acartonado y espurio, contrario a una avenencia patente entre las diversas líneas de decisión judicial y admitiendo en ese sentido la pregunta, ¿nos encontramos, en estos incidentes ante una verdadera comunidad de principio, que enaltezca un compromiso externo de justicia³⁴ y no un presupuesto subjetivo-interno que desluzca los estándares extrajurídicos que supone el Estado de Derecho? Obsérvese, *exempli gratia*, la providencia de mayo 26 de 2010³⁵, evento en el cual se sentenciaba la conducta desplegada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (I. C. B. F.), actuación en la cual fueron separados dos menores de edad de su hogar por mediar un supuesto maltrato por parte de su padre, disponiendo en este caso la defensora de la medida de protección en un hogar sustituto. La trabajadora social, en su actuación, no colaciono las pruebas suficientes para su medida. Tras este intersticio, el defensor de familia ordeno el reintegro de los menores al hogar paterno, dando por terminada la medida de colocación familiar, modalidad hogar sustituto remunerado. Posteriormente, se observó por parte de la psicóloga-coordinadora red de maltrato de la misma institución material probatorio evidente, desplegado en la conducta psicológica-individual de los menores que evidenciaban en los mismos la interacción de la conducta dolosa tipificada como abuso sexual, al interior del hogar sustituto, lo cual fue ratificado por medicina legal.

³⁴ Resulta obvio, que una comunidad de principio que enaltezca los principios de debido proceso, equidad y la justicia, cuanto también la virtud de la integridad política, debe reconocer lo que el constructivismo norteamericano asegura al argüir – sobre éste compromiso externo – que : «Si debe haber un compromiso porque la gente está dividida con respecto a la justicia, entonces el compromiso debe ser externo y no interno; debe ser un compromiso acerca de qué esquema de justicia hay que adoptar en lugar de un esquema de justicia comprometido». (DWORKIN. Op. cit. p. 134 y ss.).

³⁵ CONSEJO DE ESTADO., SCA., Secc. Tercera, mayo 26 de 2010. Exp. 18195, C. P. Dra. Gladys Agudelo Ordoñez.

En este caso, el tribunal de primera instancia administrativo denegó la pretendida demanda, obliterando la existencia de una falla en el servicio al interior de la actividad desplegada por la administración, afirmando: «... no se acreditó falla alguna del servicio, pues la separación de los menores se debió a una medida de protección del I.C.B.F., ya que existían serias informaciones sobre posibles maltratos de los menores por parte de sus progenitores, quienes afrontaban una difícil situación emocional que afectaba directamente a los hermanos Gonzáles Henao. (...) tampoco se demostró en el proceso que los menores fueron abusados y maltratados sexualmente en el hogar de paso al cual fueron llevados, pues ninguna prueba respalda tales imputaciones; por el contrario, el material probatorio aportado al plenario, como por ejemplo los reconocimientos médico legales practicados a los menores por Medicina Legal, en manera alguna evidencian la posibilidad de que los menores hubiesen sido manipulados sexualmente». Sin embargo, el Consejo de Estado, en oportunidad posterior (evidenciando un ineluctable cisma en las líneas de validez judicial) desestimó el primer fallo, exteriorizando su voluntad, con la aserción: «Resulta imperioso manifestar que al momento de imponer una determinada medida de protección, que implique la separación de un niño de su núcleo familiar, los funcionarios administrativos competentes deben verificar que existan circunstancias serias y objetivas que así lo justifiquen», lo cual no fue realizado en su totalidad.

Y adicionando, a éste caso la encomiable aseveración: «... no hay duda que los citados menores sufrieron maltratos y abusos sexuales en el hogar sustituto al servicio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, I.C.B.F., razón por la cual la entidad demandada deberá responder por los perjuicios que dicha situación les produjo a los demandantes», configurándose así, una «falla en el servicio *evidente*».

1.1.1.3. Equivocada Imputación por «Falla en el Servicio».

Escollo que aviene porque, el término «falla o falta del servicio» aparece desdibujado, ora por la anfibología propia de las composiciones verbales, ora por el pluralismo de valores que se yerguen para la determinación de la misma.

Sensu contrario, el inconveniente así apercebido puede fácilmente obscurecerse por percepciones doctrinales que evidencian una precisa delimitación sobre la falla del servicio, s. a. especialmente en tres eventos: armas de dotación oficial, daños antijurídicos causados a los menores dentro de los establecimientos educativos y el régimen de los soldados conscriptos. Los cuales observados con cierta continencia evidencian lo contrario, esto es, la indeterminación en la falla en el servicio, ya como contenido material o criterio de excelencia.

i.- La «Falla en el Servicio» en el abuso de armas de dotación oficial.

El Alto tribunal administrativo ha consumido con cierta sutileza el inconveniente presente, refiriendo que en algunos eventos la actuación *per incuriam* de las Autoridades Públicas a través de armas de dotación oficial por sus propias características requiere de un tratamiento que transparentado por las circunstancias de hecho que rodean la lesión resarcible (daño antijurídico) debe obedecer a una responsabilidad estricta, sobre la tesis de las actividades peligrosas, descartando para ciertos

eventos el *leitmotiv* subjetivo manifestado en la denominación falla en el servicio³⁶. Prescribiendo porfiadamente, «...en los eventos en que el daño es producido por las cosas o actividades peligrosas (armas de dotación oficial, vehículos automotores, conducción de energía eléctrica, etc.), el régimen aplicable es de carácter objetivo, porque el factor de imputación es el riesgo grave y anormal a que el Estado expone a los administrados. De tal manera, que basta la realización del riesgo creado por la administración para que el daño resulte imputable a ella. Es ésta la razón por la cual la Corporación ha seguido refiriéndose al régimen de responsabilidad del Estado fundado en el riesgo excepcional, en pronunciamientos posteriores a la expedición de la nueva Carta Política. En dichos eventos (daños producidos por las cosas o las actividades peligrosas), al actor le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de la administración, realizado en desarrollo de una actividad riesgosa. Y la entidad demandada, para exculparse, deberá probar la existencia de una causa extraña, esto es, que el daño se produjo por fuerza mayor, culpa exclusiva y determinante de la víctima o hecho exclusivo y determinante de un tercero»³⁷.

Así, cuando la noción sobre la que descansa este tipo de responsabilidad es acrisolada por una responsabilidad estricta-objetiva, se supone que el componente orgánico que transfiere el análisis supuesto *ad itidicem* a la conducta subjetiva de la autoridad pública debe constituir una falla en el servicio *evidente*, que desplace necesariamente la responsabilidad a un *quid* subjetivo. No obstante, cuando ese trahumero se realiza, no toda falla en el servicio resulta perspicua, tersa o bruñida. Luego, lo presente es una inconsecuencia cuando observada la actuación desplegada, el estándar

³⁶ Asíéntaseme referir los siguientes apartes, propiciados por el Consejo de Estado, los cuales evidencian un régimen de responsabilidad estricto-objetivo – y no subjetivo – para el tratamiento del abuso de armas de dotación oficial. Estándar perenne en la declaración de este tipo de responsabilidad, presupuesto además, en la sentencia de 25 de julio de 2002, al exponerse: «En relación con los daños causados con el ejercicio de actividades peligrosas, como la conducción de vehículos, se aplica el régimen de responsabilidad objetiva, según el cual quien se beneficia de la actividad riesgosa debe responder por los daños que con ella se causen, y sólo se exonera si demuestra la existencia de una causa extraña, es decir, la carga de la prueba de la ruptura del vínculo causal entre el ejercicio de la actividad riesgosa y el daño la tiene el responsable de aquélla. A la víctima le basta acreditar que dicha actividad intervino en la causación de éste». (CONSEJO DE ESTADO., SCA., Secc. Tercera, julio 25 de 2002, Exp. 14180).

Recalcitrante e inveterada aserción, también asimilada en sentencia de agosto 29 de 2007, en la cual se afirma: «(...) la Corporación ha señalado que en relación con los daños causados con armas de fuego, **redes de energía eléctrica** o la conducción de vehículos automotores, hay lugar a aplicar el régimen de responsabilidad objetiva, con fundamento en el riesgo que crea quien explota la actividad, que sólo se exonera si acredita la existencia de una causa extraña. Repárese que en los daños producidos por las cosas o actividades peligrosas, al actor le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de la administración realizado en desarrollo de la actividad riesgosa, y la entidad demandada para exonerarse de responsabilidad, **deberá probar la existencia de una causa extraña, esto es, que el daño se produjo por fuerza mayor, culpa exclusiva y determinante de la víctima o hecho exclusivo y determinante de un tercero**». (CONSEJO DE ESTADO., SCA., Secc. Tercera, agosto 29 de 2007, Exp. 15494, C. P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio).

³⁷ CONSEJO DE ESTADO., SCA., Secc. Tercera, marzo 15 de 2001, Exp. 11222, C. P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

de cuidado debido en la actuación supuesta no se hace presente y la falla en el servicio sobre la cual se imputa, queda desprovista de una de sus características, resultando inexistente.

Obsérvese la providencia de 11 de febrero de 2009³⁸, *ad exemplum*, proveído en el que se inquirió, no sólo sentencias inexorablemente cismáticas entre los diversos escalones de validez judicial³⁹, sino que, además, se logró conjeturar una defectible falla en el servicio presupuesta en la ausencia de actitud materialmente debida exigible a la autoridad pública demandada. *Ad intra* de la sentencia se observó la conducta desplegada por un miembro del ejército nacional, él cual fungía como escolta personal de la descendencia femenil de la senadora Piedad Córdoba, cuando en un inexpugnable intersticio ataviado por la fortuna adversa, dos individuos intentaron hurtar un vehículo automotor, el cual se encontraba estacionado en derredor del funcionario público, (evento desarrollado sobre confusas circunstancias); decidiendo ultimar a uno de los sujetos con su arma de dotación oficial, superando así la dificultad. En dicha providencia, el Consejo de Estado sentenció la conducta desplegada por el uniformado sobre el bastión de una falla en el servicio, interpellando: «... De las pruebas acopiadas no pudo deducirse que los delincuentes hubieran ofrecido resistencia armada o que hubieran puesto en riesgo o peligro inminente la vida de alguna de las personas involucradas en los confusos hechos (ni la de víctima directa, como tampoco la de los miembros de la escolta de la Senadora Córdoba), más bien indican que precipitada y culposamente el escolta, en una evidente falla del servicio, y movido por suposiciones abstractas, se precipitó a usar inconsulta y desproporcionadamente su arma de dotación oficial, estando en servicio activo».

No obstante, aunque la sentencia menciona en diversas ocasiones el plurimencionado derecho a la vida presente en el artículo 11 del canon constitucional y la continuada necesidad de una reacción proporcional a la actitud desplegada por quienes se soliviantan con sus actos a las normas instituidas y legalmente reconocidas, la providencia no evidencia el estándar de cuidado debido a surgirse por el escolta en el evento por el cual resultó el Estado responsable.

Ya se ha expresado que, sin actuación material debida, esto es, norma preexistente aplicable al caso concreto, no es posible evidenciar una falla en el servicio, la cual supone un contenido avieso a las disposiciones jurídicas en sentido ecuménico. Luego, no resulta posible evidenciar el

³⁸ CONSEJO DE ESTADO., SCA., Secc. Tercera, febrero 11 de 2009, Exp. 17318, C. P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

³⁹ Desavenencia patente por la antagónica duplicidad de decisiones, entre el primer tribunal, al manifestar: «... que aunque no desconoce que la sola condición de asaltante de la víctima no justificaba que la autoridad le diera muerte, sin embargo las circunstancias de flagrancia en las que fue encontrada por la autoridad podían dar lugar a esta reacción, plenamente justificable; además, no se probó que la intención del escolta fuese darle muerte y el solo hecho de que tanto la víctima como el victimario portasen armas, los ponía en igualdad de condiciones, así uno de ellos no hubiese utilizado el arma. Concluyó que se configuró la causal de exoneración de responsabilidad por culpa exclusiva de la víctima, ya que ésta y su acompañante *“incurrieron en una conducta ilegítima en contra del propietario del vehículo rojo la cual hizo sospechar inmediatamente al escolta y a sus compañeros de servicio, que algo anormal ocurría, lo que llevó a efectuar disparos con su arma de dotación, que causaron la muerte de la víctima (...) [ésta], así como su acompañante que emprendió la huida, estaban obrando de una manera ilícita y culpable”*, y la segunda decisión en instancia de apelación surgida al interior del Consejo de Estado, quien declaró la falla en el servicio en la actuación desplegada. (Ibid.).

funcionamiento anormal del servicio, si la jurisdicción contenciosa no presupone previamente el actuar debido en manos de la autoridad pública demandada. Siempre cabría interpelar, ¿cómo ha debido obrar el uniformado ante la situación contraria al ordenamiento jurídico desplegada al interior de la conducta punible?, puesto que, de no impedir el asalto, la responsabilidad de la entidad demanda se evidenciaría por falta al deber objetivo y funcional de actuar, y acaso ¿no resulta ostensible presuponer que con una amenaza previa a los individuos que obraron punitivamente, el uniformado hubiese sido victimizado?

ii.- La «Falla o Falta en el Servicio» en los daños causados a los menores dentro de establecimientos educativos.

De nuevo, se presentan eventos en los que la jurisprudencia contenciosa de responsabilidad es vacilante, no sólo sobre el supuesto debate que pregunta qué régimen aplicar, disyuntiva presente en definir la aplicación de la responsabilidad estricta u objetiva o el régimen común de la falla en el servicio, sino que a ello se agrega la posibilidad de discutir si hay o no coparticipación de la víctima en la causación de su propio daño antijurídico, cuando ésta es menor de diez años de edad, ya que sólo en ocasiones se acepta, para algunos casos, que en concordia con las disposiciones jurídicas del Código Civil los menores de 10 años de edad no puedan incurrir en culpa⁴⁰.

Sobre el particular, asíéntaseme retrogradar sobre la sentencia de 09 de diciembre de 1993⁴¹, *ad exemplum*, providencia dentro de la cual el Alto Tribunal Administrativo analizó la responsabilidad de

⁴⁰ Sobre ésta afirmación, resulta especialmente relevante la siguiente afirmación propiciada por el Alto Tribunal Administrativo, al argüir: «La Sala reitera que sobre las instituciones educativas recae la responsabilidad por los daños que sus alumnos sufran u ocasionen a terceros cuando se encuentran bajo la tutela de las directivas y docentes del establecimiento educativo, bien sea en sus propias instalaciones o por fuera de las mismas; pero al mismo tiempo, considera necesario resaltar que la justificación para la existencia de esta responsabilidad, se halla en el hecho de que en los establecimientos educativos escolares, normalmente se forman y educan personas menores de edad, quienes por esta sola circunstancia se encuentran expuestas a muchos riesgos, toda vez que carecen de la madurez y buen criterio necesarios para regir sus actos y, en consecuencia, pueden incurrir en actuaciones temerarias, imprudentes, de las que se pueden derivar daños para sí mismos o para terceros; es por eso que el artículo 2347 del Código Civil establece que '... los directores de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos mientras están bajo su cuidado (...)', situación que sólo puede predicarse, precisamente, de quienes efectivamente requieran de ese cuidado». (CONSEJO DE ESTADO., SCA., Secc. Tercera, septiembre 07 de 2004, Exp. 14869, C. P. Dra. Nora Cecilia Gómez Molina).

⁴¹ Trascendental sentencia, por la espléndida elucidación, además del problema arriba mencionado, puesto que confirma de nuevo la responsabilidad directa del Estado y la imposibilidad jurídica existente en la dicotomía entre responsabilidad de la administración y del *funcionario culpable*, adscribiéndose una sola y única responsabilidad. Al respecto, constata el Consejo de Estado: «Si bien es cierto por expreso mandato legal (art. 78 del C.C.A.) se puede en este tipo de acción demandar a la entidad pública o al funcionario que con su conducta dolosa o gravemente culposa comprometió la responsabilidad del ente al cual está adscrito o a ambos (como sucedió aquí, no es menos cierto que en esta última eventualidad no puede hablarse de solidaridad entre la persona pública y su servidor, porque, en el fondo, este último es la administración misma; en otros términos, porque la persona pública y su funcionario son una sola persona, ya que aquélla actúa a través de éste y para que exista la solidaridad debe darse, por activa, o por pasiva la pluralidad de sujetos». (CONSEJO DE ESTADO., SCA., Secc. Tercera, diciembre 09 de 1993, Exp. 7818, C. P. Dr. Daniel Suárez Hernández).

la Nación – Ministerio de Obras Públicas, en los hechos propiciados el 6 de septiembre de 1986, en que la actitud vehemente de un empleado de la entidad demanial mencionada al conducir un vehículo automotor, impacto contra un menor de edad (6 años) ocasionando la muerte del menor.

Ab intra del evento descrito, el Consejo de Estado evidenció en su análisis, la imposible configuración de culpa de los menores de edad dentro de la elucidación ecuménica de la responsabilidad civil extracontractual del Estado, manifestado – si bien, aunque en este evento descartando la imbricación en la contestación de la demanda, como causal de ausencia de responsabilidad, bien puede trasplantarse dicho análisis a la institución en tanto tal –: «Frente a la culpa exclusiva de la víctima alegada, bien analizada por el *a - quo* dadas las circunstancias probadas (exceso de velocidad y violación de las reglas del tránsito por parte del conductor oficial), cabe agregar que el motivo exonerativo se cae de su peso frente al artículo 2346 del C.C. que enseña que los menores de 10 años no son capaces de cometer delito o culpa».

Menester es recordar, que el Alto Tribunal Administrativo, ha debilitado la aserción arriba enunciada, manifestando, respecto de la constitución de un componente orgánico de responsabilidad: «Debe advertirse que el deber de vigilancia de los centros educativos por los daños que causen o puedan sufrir los alumnos, es inversamente proporcional a su edad o capacidad de discernimiento, es decir, es mayor frente a alumnos menores o con limitaciones físicas o psicológicas, pero será más moderado en relación con alumnos mayores de edad. Es decir, aunque los centros educativos mantienen el deber de seguridad y cuidado sobre todos los alumnos, es claro que entre más avanzada sea la edad de los mismos, mayor libertad de decisión deberá concedérseles y por lo tanto, el deber de vigilancia se mantendrá para advertirles del peligro, prohibirles el ejercicio de actividades que puedan representarles riesgos y rodearlos de todas las medidas de seguridad aconsejables»⁴². Con esto, toda falla o falta del servicio requiere para su análisis de una comprensión previa de la situación físico-psicológica y filosófica-psicológica del agente en la propiciación del daño, agente éste que no es otro que el menor de edad al interior de la entidad educativa, cuanto también de la obligación que recae en cabeza del sujeto normado, esto es, el establecimiento educativo⁴³.

⁴² CONSEJO DE ESTADO., SCA., Secc. Tercera, febrero 18 de 2010, Exp. 17533, C. P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴³ Tal cual, lo ha reiterado la doctrina, de la voz de Mazeud, al prescribir: «Para encontrarse en condiciones de reprochar una falta de vigilancia al demandado, la víctima debe probar que aquél soportaba esa obligación de vigilancia en el momento preciso de la realización del daño... La obligación de vigilancia se extiende incluso a las horas consagradas al recreo y a los paseos; comienza desde que el alumno queda autorizado para entrar en los locales destinados a la enseñanza y cesa desde el instante en que sale de ellos, a menos que el profesor se encargue de la vigilancia de los alumnos durante el trayecto entre el colegio y la casa; subsiste también aunque no sea ejercida efectivamente, si el profesor se ausenta sin motivo legítimo». (MAZEAUD, Tunc. *Responsabilidad civil delictual y contractual*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1977. Tomo I. Vol. II. p. 545. Citado por: *Ibid.*).

Como corolario de esto, el Alto Tribunal Administrativo, ha aseverado: «Agréguese a lo dicho que si bien dentro de las nuevas tendencias pedagógicas, la educación que se imparte en los colegios debe respetar ciertos parámetros de libertad y autonomía, ello no obsta para que se adopten las medidas de seguridad necesarias con el fin de garantizar la integridad física de los alumnos, respetando desde luego la independencia que se les otorga.

iii.- La «Falla en el Servicio» en los daños ocasionados a los soldados conscriptos.

El tema presenta una desavenencia indefectible, cisma presente en la determinación de régimen aplicable a las lesiones resarcibles o daños antijurídicos manifestado en la relación especial de sujeción, supuesto jurídico deudor de un régimen de responsabilidad que observa el concepto objetivo de la antijuridicidad del daño, o por el contrario, y aún más embarazoso, pues supuesta identidad en las situaciones de hecho (lesiones), el tema pasa de una responsabilidad estricta a un análisis *ad itidicem* del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción, derivando inexpugnablemente en una inconsecuente delimitación de un término que titubea constantemente y presupone además de su ausencia de completitud, una refulgente *in*-seguridad jurídica.

La sentencia de 15 de octubre de 2008⁴⁴, *exempli gratia*, providencia en la cual se suscitó además de una disgregación entre la opinión del juzgado de primera instancia y el tribunal de alzada administrativo, una ausencia de determinación de los lineamientos que evocan el «funcionamiento anormal del servicio». En el fallo se sentenciaba la conducta de la administración por el accidente producido al interior de los límites de un puesto militar, dentro del cual un conscripto descansaba. En el lugar ingresó un vehículo automotor que, inadvertido por las circunstancias obrantes, inopinadamente arrolló al conscripto, provocando un desenlace trágico, el cual resultó en la muerte del uniformado.

La divergencia entre los dos escalones de validez judicial surgió, puesto que, el tribunal de primera instancia no encontró falta de diligencia obrante en la actuación del Estado; el vehículo causante del siniestro no pertenecía al Ministerio de Defensa y la actuación desarrollada no era una actividad determinante de funciones estatales, cuanto también porque la conducta de la víctima en sí misma arrojada y audaz por la cual decidió solazarse sobre la carretera, fue causa suficiente y necesaria para el acaecimiento del infortunio producido, con lo cual, además de la ausencia de falta en el servicio propiciada por la diligencia en el actuar administrativo, se rompió la relación causa-efecto por una causa exonerativa, esto es, la culpa exclusiva de la víctima, manifestada en su actitud disoluta y licenciosa. Por contra, el Consejo de Estado condenó a la entidad por «falla en el servicio» aduciendo que, «... el comportamiento del conductor de la camioneta no fue relevante jurídicamente en atención al contexto del lugar, y a la posición y vestimenta del soldado que se mimetizaba con la hierba, todo lo cual conspiró en conjunto para el triste resultado de una vida que se vio frustrada; por el contrario, la causa adecuada o determinante del resultado no es otra diferente a la proyección de

Este deber encuentra su fundamento en la protección que debe brindarse al alumno, no sólo respecto de los daños que éste pueda causarse a sí mismo, sino también de los que pueda ocasionar a los demás.

El centro educativo se erige en garante y adquiere la obligación de responder por los actos del educando que pudieran lesionar derechos propios o ajenos, es decir, que la obligación de cuidado de los maestros con respecto a los alumnos origina responsabilidad de los centros educativos y de los mismos maestros por cualquier daño que los alumnos puedan llegar a causar o sufrir, aunque aquellos pueden exonerarse de responsabilidad si demuestran que actuaron con absoluta diligencia o que el hecho se produjo por fuerza mayor, caso fortuito o culpa exclusiva de la víctima» (Ibíd).

⁴⁴ CONSEJO DE ESTADO., SCA., Secc. Tercera, octubre 15 de 2008, Exp. 18586, C. P. Dr. Enrique Gil Botero.

la falla del servicio en el *iter* o recorrido causal que dio al traste con la vida del uniformado, quien confiado en que se encontraba en una zona de descanso aún así fuera improvisada, pero que asumió era segura y por ello se entregó al sueño, de allí que tampoco en forma alguna cabría la hipótesis de culpa de la víctima. En esas condiciones, para la Sala, en el caso sub examine, el daño antijurídico es imputable a la entidad demandada a título de falla del servicio, por cuanto dentro del proceso se halla acreditado el comportamiento negligente y descuidado de la entidad demandada en la obligación de protección y seguridad que debe brindar a sus funcionarios, más aún si se trataba de un soldado conscripto, cuya voluntad se encuentra sometida por la administración pública, y que, por lo tanto, no tiene una libre elección en la prestación o no del deber impuesto».

Lo cierto es que, de las relaciones impetradas por el alto tribunal administrativo, *ab intra* de la providencia, la responsabilidad del Estado no aparece como fenómeno irrefragable de una falta en la prestación del servicio, sino que emerge como evento suficiente y necesario de una responsabilidad objetiva, dentro de la cual se analiza la sujeción de dependencia del conscripto al servicio del Estado, y la labor de vigilancia y custodia que éste despliega con motivo de dicha sujeción. Lo palmario, patente y claro aquí es que, la promiscuidad con la cual se utiliza el término «falla o falta del servicio» permite además de un cisma en su aplicación, cierta plasticidad en las actuaciones del Estado, convirtiendo a la falla en el servicio en el efecto menester para avenir prolijas las obligaciones administrativas.

Razón de ello, es entre otras, la sentencia de 02 de marzo de 2000^{45, 46}, *ad exemplum*, en la cual se injurió sobre la responsabilidad del Estado por un conscripto que guarnecido en un retén militar y

⁴⁵ CONSEJO DE ESTADO., SCA., Secc. Tercera, marzo 02 de 2000. Exp. 11401. C. P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁴⁶ Engastando a toda responsabilidad estatal por el hecho de conscriptos la responsabilidad estricta, el Consejo de Estado, mencionó: «Con el propósito de explicitar cuál es el régimen de responsabilidad aplicable a aquellos eventos en los cuales la víctima del daño cuya reparación se reclama del Juez de lo Contencioso Administrativo es un conscripto, estima la Sala ineludible partir de la consideración de acuerdo con la cual la de prestar el servicio militar es una obligación de raigambre constitucional pues, por una parte, el artículo 216 superior dispone que, como regla general, sobre todos los colombianos recae la obligación de tomar las armas, cuando las necesidades públicas lo exijan, para defender la independencia nacional y las instituciones públicas, además de lo cual consagra el servicio militar como obligatorio -según se desprende de la previsión en el sentido de que las condiciones eximentes del mismo serán únicamente las determinadas por la ley- y, por otra parte, el artículo 217 constitucional señala que la Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes, constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, las cuales tienen como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. Así las cosas, a menos que se configure una de las causales legales de exención, la prestación del servicio militar constituye un deber ineludible de la persona, el cual, además de lo hasta ahora expuesto, encuentra su fundamento en el principio constitucional de prevalencia del interés general -artículo 1 de la Constitución Política- y en la exigencia formulada, a todos los nacionales, de cumplir la Constitución y las leyes según lo previenen los artículos 4º inciso 2º y 95 superiores, especialmente este último, el cual impone a todas las personas y ciudadanos, de manera específica, el deber de respeto y apoyo a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales. De conformidad con lo expuesto, el de daño especial derivado de la ruptura del principio de igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas es el título jurídico de imputación que, en principio, debería aplicarse cuando se trate de dilucidar si debe declararse, o no, la responsabilidad del Estado por los daños sufridos por soldados conscriptos, debido a la relación especial de sujeción que les vincula con el Estado y a la cual no

tras problemas somáticos manifestados a sus compañeros y superiores decidió suicidarse. En este caso el Consejo de Estado manifestó, negando con ello la presunción de responsabilidad que esta responsabilidad posee, que, «... todas las características del régimen objetivo de responsabilidad, en el que si bien no tiene ninguna injerencia la calificación subjetiva de la conducta -por lo cual no se requiere probar la falla del servicio ni se acepta al demandado como prueba para exonerarse la demostración de que su actuación fue diligente-, los demás elementos de la responsabilidad permanecen y deben ser acreditados por la parte demandante. Re caerá sobre la parte demandada la carga de la prueba de los hechos objetivos que permitan romper el nexo de causalidad, únicos con vocación para exonerarlo de responsabilidad».

Para más adelante, concluir: «Hecha esta advertencia, concluye la Sala que reflexiones similares a las anteriormente expuestas sobre las circunstancias especiales que rodean el caso de los conscriptos permiten afirmar, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, que el régimen de responsabilidad aplicable en caso de daño causado a ellos sigue siendo de carácter objetivo».

Si se observa con refinada sutileza lo discurrido, resulta que la teoría según la cual, la «falla del servicio» se encuentra objetivamente determinada parece un conocimiento especulativo, espurio y delusorio que, enfrentada con las circunstancias inopinadas de la realidad no arroja sino mayor indeterminación al *iter* judicial que la misma persigue. Asegurar, como manifiestamente lo hace Miche Paillet que: «Se admite así mismo en doctrina, sin que esta opinión esté sujeta a discusión, que la culpa de servicio tiene carácter objetivo 'porque la apreciación de esta culpa es una apreciación de elementos objetivos'»⁴⁷ es, presuponer como una verdad inconcusa un presupuesto jurídico arcano y cabalístico, es sugerir una supuesta realidad objetiva enlazada a un dogmatismo engañoso, es dar a entender lo que no es.

Ingentes esfuerzos se han considerado con el propósito de sortear las dificultades engastadas en el concepto mismo de «falla en el servicio», determinándose un camino desde las concepciones apócrifamente objetivas hasta las prescripciones abstractas de evaluación del servicio. La falla en el servicio de esa forma, paso de ser «una sustracción a las leyes del servicio»⁴⁸, como admitía Paul

se encuentran en posibilidad jurídica de oponerse, como quiera que, según se explicó, la obligación de prestar el servicio militar tiene fundamento tanto constitucional como legal. Sin embargo, puede ocurrir que las circunstancias del caso concreto conduzcan al Juez de lo Contencioso Administrativo a encontrar configuradas las exigencias requeridas para que resulte aplicable el título jurídico de imputación consistente en el riesgo excepcional, aún tratándose de supuestos en los cuales se debata la responsabilidad del Estado por los daños sufridos por un individuo que, al momento de ocurrir el hecho dañoso, se encontraba prestando el servicio militar obligatorio, siempre que se acredite la concurrencia de alguna de las especies de riesgo (...). Ante tal eventualidad, la Sala no ha dudado en imputar jurídicamente el daño al Estado con fundamento en el riesgo de naturaleza excepcional al cual se vio sometido el conscripto». (CONSEJO DE ESTADO., SCA., Secc. Tercera, septiembre 20 de 2007. Exp. 15799. C. P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra).

⁴⁷ PAILLET. Op. cit. p. 201.

⁴⁸ DUEZ, Paul. La Responsabilité de la puissance publique. En: Deurs du contrat. París: Dalloz, 1938. Citado por: PAILLET. Op. cit. p. 148.

Duez, a el ejercicio de observar «el nivel medio que se espera del servicio viable según su misión y según las circunstancias», como arguye el profesor Jean Rivero.

1.1.2. La Supuesta Realidad Objetiva de la «Falla del Servicio» como Estándar *in Abstracto*.

En materia *iuscivilista* la regulación de un estándar de conducta debida se realiza, en manos del juez, atendiendo a la cualificación de una conducta hipotética, configurando un símil entre la conducta materialmente desplegada y la conducta especulativamente presupuesta en el comportamiento de un sujeto abstracto. La conducta nefaria a lo que se espera sería la actividad desarrollada por ese sujeto hipotético recibe en sí misma la retribución debida a su extravió, que no es otra, que el adjetivo calificativo «culpa» sobre la conducta.

Así, supuesta la responsabilidad irrogada al sujeto normativo que incurre en el contenido obligacional del artículo 2341 del Código Civil, el cual estatuye la responsabilidad subjetiva privada en el ordenamiento jurídico colombiano, y con referencia a los artículos 63 y 2350 *ibídem*, la conducta acaecida por un sujeto individualmente considerado se contrasta con la apreciación de un patrón hipotético, bien sea el «buen padre de familia» o «el profesional avisado», y al estilo inglés, reparando en el estándar abstracto e hipotético del «buen vecino»⁴⁹.

Igual formulación se ha predicado para la actuación de una persona moral, la Administración Pública, cuyo parangón se realiza entre la conducta materialmente surtida y el análisis del nivel promedio de efectividad de los servicios, como canon de interpretación. Infructuosamente tras esta refinada sutileza se ha querido amalgamar a ultranza, al concepto mismo de «falla del servicio» una fulgurante e inmanente objetividad⁵⁰.

⁴⁹ Sobre la actividad efectuada por el juzgador, respecto de la comparación entre dos sujetos, el materialmente considerado y la conducta ética supuesta, se sostiene: «... la culpa requiere una comparación entre el comportamiento dañoso del sujeto específico y el comportamiento de un sujeto hipotético. 'Toda valoración resulta de la apreciación de una cosa comparada con otra; aquella implica una comparación, una relación, y ese carácter relativo es su esencia misma'». (MANTILLA ESPINOSA, Fabricio; TERNERA BARRIOS, Francisco. La 'culpa' en la responsabilidad civil extracontractual del derecho colombiano. En: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros. Vol. 12 (dic. 2006). p. 128 – 129).

⁵⁰ Verbigracia, cuando se enjuicia la conducta producida por omisión en contraste a la actividad materialmente debida. Así, en sentencia de 19 de junio de 2008, en la cual se analizaba la responsabilidad del Estado por una obra pública con la intervención de EMCALI, por la negligencia surgida en el interior de la misma, manifestada en el olvido de los trabajadores al señalar adecuadamente la presencia de un hueco, lo cual produjo el tropiezo y el colapso de un transeúnte desprevenido, el Consejo de Estado, sostuvo: «La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que, en aquellos supuestos en los cuales se analiza si procede declarar la responsabilidad del Estado como consecuencia de la producción de daños en cuya ocurrencia ha sido determinante la omisión de una autoridad pública en el cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha atribuido, es necesario efectuar el contraste entre el contenido obligacional que, en abstracto, las normas pertinentes fijan para el órgano administrativo implicado, de un lado, y el grado de cumplimiento u observancia del mismo por parte de la autoridad demandada». (CONSEJO DE ESTADO. SCA., Secc. Tercera, junio 19 de 2008. Exp. 15263, C. P. Dra. Myriam Guerrero de Escobar).

Sobre esa línea, el doctor Ramiro Saavedra, ha manifestado: «Esta falta o culpa objetiva se debe medir de acuerdo con los estándares o niveles promedio de exigibilidad de los servicios públicos en función igualmente de las obligaciones de funcionamiento impuestos por la Constitución, las leyes y las normas particulares»⁵¹.

Sin embargo, el estándar así considerado, en sí mismo, puede ser objeto de irresolución. Si la falla en el servicio es objetiva, está deberá ser productora de un juicio diáfano, refulgente, sin sombra de variación entre dos juicios supuestos sobre una misma actuación material, no adoleciendo de las tres indeterminaciones supuestas al inicio de esta sección. Asumir que el concepto en estudio es objetivo donde no existe univocidad sobre la conducta materialmente debida que la Administración Pública desarrolla, es una *contradictio in adjecto*, tanto como lo es recordar el efusivo escarnio con el cual se cita a Schopenhauer, quien en una mesa bien dispuesta blasona, baladroneando sobre el suicidio⁵².

Sobre el particular, recuerda Robert Alexy: «Una regla como ‘interpreta cada norma de manera que cumpla su objetivo’ puede conducir a resultados contrapuestos si dos intérpretes tienen diferentes concepciones sobre el objetivo de la norma en cuestión»⁵³. Cuando las líneas del contorno del concepto mismo aparecen desvaídas, el fulgor en la objetividad de la falla en el servicio deberá desaparecer. Soportada la objetividad sin atender a su naturaleza etérea, es sortear la dificultad haciendo admisible la mendacidad y la apariencia.

No es sólo que, el juicio hipotético implica cierta irregularidad en la apreciación de los hechos, además de ello, se trasvasa de una conducta jurídicamente deseada a una conducta subjetivamente querida. El juez, ya sea de primera o el tribunal de apelación mismo, sobre el cual opere el conocimiento de la *causa petendi*, inspirada en el funcionamiento anormal del servicio, puede gravitar en la coordinación supuesta de todo el ordenamiento jurídico en sí, esperando encontrar la respuesta en un análisis ecuménico del derecho, cuanto también, y por qué no, encubrir su decisión en extremo subjetiva para ocultar tras cierto envoltorio normativo las conmisericordias, preferencias políticas, subjetiva e impersonales que considere son óbice para enjuiciar a la administración, o en su defecto, para dejarla irresponsable por una actividad material indebida. El estándar abstracto a sí mismo considerado, hace de la «falla en el servicio» el producto de la inercia personal del espíritu tendencioso del juez. Al existir fluctuación, nadie puede dar cuenta que con base en un estándar prístinamente aceptado, un juez colectivista condenara al Estado por una actitud material, mientras que un juez conservadorista no lo hará. Hay en el juicio, en ese entendido una irresolución irrefragable en el concepto mismo de estándar de cuidado debido.

⁵¹ SAAVEDRA. Op. cit. p. 233.

⁵² CAMUS, Albert. El mito de Sisifo. Buenos Aires: Editorial Losada, 1953. p. 17.

⁵³ ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. Como teoría del discurso práctico racional. España: Centro de Estudio Políticos y Constitucionales. p. 25.

Tres opciones, sino cuatro puede asumir el juez, gracias a que el estándar según el cual, la falla en el servicio se observa atendiendo al nivel promedio en la prestación de los servicios es extremadamente abstracto:

i.- El problema subjetivo: Contrastar todo juicio sobre un acontecimiento contra un deber ser eminentemente movedido.

El juez puede crear una objetividad superflua, manifestada en lo que él considera «el nivel medio de prestación del servicio», por contraste a una actitud material o acto administrativo dados, amalgamando a su sentir de qué es lo que determina la prestación del servicio una percepción subrepticia de lo que para él es una «falla en el servicio» encubierta bajo un atavío jurídico⁵⁴.

ii.- La Insuficiencia de los principios del Estado de Derecho como fundamento de la declaración de responsabilidad.

El *iudex*, puede creer estar aplicando los presupuestos teleológicos del Estado de Derecho, pero involucrando de forma súbita e inopinada su propia subjetividad en el juicio emitido, ora por la relativa indeterminación de los principios mismos, ora por el carácter dubitativo de la actuación material enjuiciada⁵⁵.

iii.- El inconveniente del conocimiento global del significado de qué sea o no lo que requieren los servicios impetrados, si los mismos son concebidos como una petición moral al buen funcionamiento de la Administración.

Esta rencilla se presenta cuando por la polisemia de la que adolece el lenguaje, cuanto más por las mil y una posibilidades que pueden avenir cuando un estándar de cuidado permite la inclusión de

⁵⁴ En ese sentido, los *Crits* han manifestado: «... el juez está a la vez en libertad y maniatado: libre, en tanto que puede orientar su trabajo en la dirección que así lo desee pero restringido por la pseudo-objetividad de la ley tal y como suele aplicarse, la cual el juez podrá (o no) superar». (KENNEDY, Duncan. Libertad y restricción en la decisión judicial. Bogotá: Siglo del Hombre, 1999. p. 107).

⁵⁵ Sobre el particular, manifiesta Robert Alexy: «La tesis de que la Jurisprudencia no puede prescindir de valoraciones no significa que no haya casos en los cuales no existe ninguna duda sobre cómo se debe decidir, sea por razón de las normas vigentes presupuestas, sea por referencia a enunciados de la dogmática o a precedentes. Puede incluso suponerse que estos casos son considerablemente más numerosos que los dudosos. La claridad de un caso no es, sin embargo, una cosa más fácil. Quien afirma que una decisión es clara, da a entender que no cabe considerar argumentos que den lugar a dudas serias. Sin embargo, tales argumentos son siempre concebibles. La afirmación de que todos estos contraargumentos son malos o jurídicamente irrelevantes no podría, empero, seguirse concluyentemente, en todos los casos de las normas presupuestas. Por ello, en relación con tales casos, se podría hablar de que su tratamiento como casos claros encierra una valoración negativa de todos los potenciales contraargumentos». (ALEXY. Op. cit. p. 29).

diversas actuaciones materiales, el canon *in abstracto* permite decisiones en uno y otro sentido, permite decretar una falla o falta en el servicio inexistente, o existiendo darla por no configurada⁵⁶.

iv.- El abuso del arbitrio judicis en la concepción de «falla en el servicio»

Por último, puede pretendiendo ser el «creador del derecho en sí», intentar modificar el derecho tras una perspectiva lógico-inductiva, olvidando la Constitución preexistente al momento de la conducta y engastar a ella una nueva línea de precedentes, basado en una conducta *ex post factum*, pero dando cuenta de no estarlo haciendo⁵⁷.

Todos los inconvenientes mencionados, sin pretender abarcar todas las posibles prognosis que, los estándares abiertos puedan provocar en un momento dado, dan al traste con la objetividad de la falla en el servicio, tras un estándar que bañado de luz permite insuflar en la determinación del concepto sobre la función administrativa una percepción espiritual-subjetiva y no una objetividad manifiesta.

En ese sentido, enervada y descolorida se presenta la constatación de Saavedra, pretextando la objetividad de la falla del servicio regida por un estándar *in abstracto*, cuando utiliza en su defensa la cita de Rebollo, manifestando: «un sistema amplio de responsabilidad a partir de estándares mediocres de funcionamiento de los servicios públicos se diluye en condenas a ojo, sin reglas fijas, y casi con el único criterio de que las solicitudes indemnizatorias no ‘parezcan’ excesivamente arbitrarias o desproporcionadas»⁵⁸, pues el estándar *in abstracto*, a sí mismo considerado, no permite evidenciar que esto no ocurra, o que ocurriendo no se disfrace, o que acaezca sin más, con toda procacidad.

⁵⁶ «La designación de un objeto aislado puede también hacerse con muchas palabras u otros signos. Para abreviar llamo nombres propios a cada una de tales designaciones. El sentido del nombre propio puede entenderse por cualquiera que conozca suficientemente el lenguaje o el total de designaciones que al nombre propio pertenecen; con esto se aclara sólo parcialmente el significado, en caso de que exista. Para un conocimiento global del significado necesitaríamos poder indicar cada sentido dado que realmente le pertenece. A lo cual no llegaremos nunca». (FREGE, Gottlob. Sobre sentido y significado. En: Revista de Filosofía y Crítica Filosófica, Nueva Serie. Vol. 100 (1982); p. 22 – 50.

⁵⁷ El *no cognoscitivismo ético*, tras las prescripciones de una de sus más destacadas figuras, sostiene en ese entendido, «... esta ficción podría deberse a un temperamento personal conservador, a un temor a introducir variaciones en el legado. Cuando las circunstancias obligan al juez a renovar el derecho, prefiere, por medio de toda clase de astutos artificios (...) revestir la nueva regla con el ropaje de las antiguas, creando así la apariencia de que todo sigue igual». (ROSS, Alf. Teoría de las fuentes del derecho. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 149 – 150).

⁵⁸ REBOLLO, Luis Martín. La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica. En: Documentación Administrativa. Instituto Nacional de la Administración Pública (enero-junio de 1994). p. 31 y ss. Citado por: SAAVEDRA. Op. cit. p. 333.

1.1.3. La Imposibilidad de la Objetividad de la «Falla en el Servicio» Considerada por las Particularidades del Caso *in Concreto*.

En lo referido, se hace ostensible y palmario que el concepto *in abstracto* que evidencia la anormalidad presente en la actividad ejercida por las autoridades públicas no evidencia claridad o verosimilitud alguna sobre la cualificación posterior *ad itidicem* que, delimita los contornos de la «falla o falta del servicio». Una afirmación que posee polivalencia y resulta aplicable para la responsabilidad extracontractual por falla del servicio, basada en la improcedencia de una regla estándar de comportamiento debido es, la prescripción presupuesta en derecho civil, según la cual, «la culpa sólo existe en el caso concreto, y no como un concepto abstracto y absoluto, una especie de ‘estado puro de la culpa’ que pueda servir para explicar todas las conductas culposas y que exista de forma independiente de las distintas situaciones fácticas»⁵⁹.

Cuando el juez pregunta no por ¿qué el Estado se encuentra obligado a hacer en un supuesto dado?, sino ¿si el Estado hizo todo lo posible para configurar la actitud a él arrogada como debida materialmente?, se yuxtapone a un juicio eminentemente jurídico, una consulta de qué es lo que determina la realidad social como posibilidad del servicio. En ese sentido, no se da cumplimiento a un estándar de cuidado debido, sino a la posibilidad de cumplirlo, no porque el estándar no esté efectivamente dado, sino porque la obligación del Estado se encuentra determinada por una obligación de medio.

La falla en el servicio cuando es objeto de un análisis concreto, que observa las situaciones propias en las que el servicio ha tenido lugar, contrastada con la actuación administrativa acaecida, desborda los límites propiamente jurídicos, así, se solicita al juez no sólo que analice la responsabilidad derivada de la trasgresión de una regla primaria de conducta debida, también se le astringe para que observe, si la misma tuvo ocasión con motivo de las condiciones reales a las cuales se enfrentaba el servicio en tanto realizado, contrayéndola o enervándola.

El Consejo de Estado, al respecto, manifiesta, «... las obligaciones que están a cargo del Estado – y por tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión –, han de mirarse en concreto, frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo»⁶⁰. Esto tiene esencial importancia, puesto que la consideración de la realidad atribuida al juez, impide que él mismo deje llevar su imaginación más allá de las posibilidades que la realidad representa, tanto para los administrados, cuanto también para la Administración misma.

⁵⁹ MANTILLA ESPINOSA; TERNERA BARRIOS. Op. cit. p. 127 – 128.

⁶⁰ CONSEJO DE ESTADO., SCA., Secc. Tercera, junio 04 de 2008. Exp. 15567, C. P. Dra. Myriam Guerrero de Escobar.

En ese efecto, y consideradas las obligaciones de la Administración Pública como obligaciones de medio y no de resultado, siguiendo la definición interpuesta por Demogue⁶¹, parece al menos lógico que el juez desplace su análisis jurídico a la realidad que enfrenta el servicio. No es exigible para el Estado saturar todos los daños producidos, pues la realidad que enfrenta la Nación ha prescrito entre otras cosas como carga pública el soportar los avatares propios de la guerra que se propicia en el interior del país⁶², salvo cuando en la misma medie una falla del servicio *evidente*.

La anormalidad manifestada en la falla en el servicio, atendiendo a las predisposiciones reales a las cuales se somete el servicio, no deja de presentarse arcana e incierta. La misma, presupuesta tiene que enfrentar ciertas actitudes y tendencias que el juzgador *eo ipso* humano contiene, tales como preferencias políticas, impersonales y subjetivas de qué sea lo que la realidad permite o no al servicio individualmente considerado por correlato a la realidad con que se pondera.

1.1.3.1. La Indeterminación en la Expresión «Falla en el Servicio» Producto de la Relación Proceder – Recursos Disponibles.

El carácter relativo de la falla en el servicio se presenta como una *exceptio veritatis* para impedir la declaratoria de responsabilidad por una actitud material administrativa, cuando probada la falla se encuentra que la Administración no pudo obrar de forma contraria a la realizada, por la imposibilidad derivada de la relación proceder y recursos disponibles. Fundamento de ello, resulta el fallo de 25 de marzo de 1993⁶³, el cual analiza la actitud ejercida por la Administración frente al incendio y destrucción de un bus que irrogo a su propietario. Situación en la que un grupo de encapuchados obligo al conductor a ingresar a la Universidad de Antioquia, para con posterioridad incinerar el bus.

⁶¹ En 1925, Demogue formaliza la distinción obligacional con la conocida dicotomía entre obligaciones de medio y de resultado. Empero, Henri Mazeud extremo el campo de aplicación a las obligaciones derivadas de la responsabilidad extracontractual. Así, «... toda obligación estaba ligada a la ejecución o a la no ejecución de un hecho específico (obligación determinada) o a un comportamiento prudente y diligente, es decir, a un (esfuerzo constate y sincero) de conseguir el fin deseado (obligación de prudencia o diligencia)». (MÁRTINEZ CÁRDENAS, Betty. La adaptación de la teoría de las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado en el derecho colombiano. En: Los contratos en el derecho privado. Argentina: Legis, 2007. p. 900).

⁶² En providencia de enero 27 de 2000, el Consejo de Estado sostuvo la teoría según la cual, los actos propiciados por la subversión no rompen con el principio de igualdad ante las cargas públicas. Dentro de la sentencia, se inquiría sobre la responsabilidad de la Administración Pública por un ataque propiciado por las fuerzas del desorden contra una mina cercana a un puesto militar. El Alto Tribunal Administrativo desestimó la pretensiones de la demanda incoadas por la parte actora, negando la existencia de una falla en la prestación del servicio en la actividad desplegada por el ejército, admitiendo que ésta fue realizada con la diligencia y cuidado exigibles. Sobre el particular, afirmó el Consejo de Estado que: «No se rompe la igualdad ante las cargas públicas porque todos los colombianos estamos sometidos a este tipo de violencia generalizada, pudiendo ser víctimas de hechos semejantes, pues la guerra de la subversión se extiende por todo el país y si bien hay zonas de mayor conflicto, en una de ellas ocurrieron los hechos y había presencia militar». (CONSEJO DE ESTADO., SCA., Secc. Tercera, enero 27 de 2000. Exp. 8490, C. P. Dr. Jesús María Carrillo. Citado por: RUIZ OREJUELA, Wilson. Responsabilidad extracontractual. Bogotá: ECOE, 2008. p. 191 – 194).

⁶³ CONSEJO DE ESTADO., SCA., Secc. Tercera, marzo 25 de 1993. Exp. 7641. C. P. Dr. Daniel Suárez Hernández.

Donde la policía y los bomberos no pudieron ingresar al lugar en que residía el vehículo y evitar la conflagración avenida.

El Alto Tribunal Administrativo desestimo las peticiones de la demanda, en concordia con el fallo de primera instancia, manifestando que las entidades enjuiciadas habían obrado con diligencia y cuidado, desdibujando de la actitud desplegada cualquier rezago de incuria. En el caso, tanto la Policía como el cuerpo de bomberos concurren al lugar de los hechos, pero la actitud belicosa y desavenida de los sujetos que dieron lugar al colapso corpóreo del vehículo, impidió la realización material de la conducta, representada en evitar efectivamente la destrucción del bus. Concluyó el Consejo: «Las condiciones relacionadas y procesalmente acreditadas desvirtúan la falla del servicio y, por consiguiente, no permiten declarar la responsabilidad de las entidades demandadas».

Cabe preguntar, ¿sabe el juez realmente, qué implica el servicio, situaciones y eventualidades particulares consideradas, en un supuesto de hecho?, o ¿acaso el reparo que pesa sobre el juez es objeto de desavenencias siempre presentes? En este caso, no sólo se hacen presentes las divergencias sobre qué es lo que la Constitución y la ley exigen sea el comportamiento administrativo, sino que además puede preguntarse con insistencia, ¿si el desacuerdo puede incoarse sobre las posibilidades del servicio, si el mismo se analiza adecuado para un fin, que por sus características propias acaece abstracto?

Sobre el particular, resulta ilustrativa la providencia de 18 de febrero de 2010⁶⁴, en la cual se enjuicia la conducta desplegada por la administración, en manos de la Policía Nacional, por el asesinato perpetrado contra el personero del municipio de San Alberto. Funcionario que tras celebrar una serie de Consejos de Seguridad, dentro de los cuales inquirió sobre el ánimo beligerante en la zona y la excesiva mortalidad de personas a manos de grupos al margen de la ley que ascendía a 66 muertes en el municipio y tras realizar sus funciones propias en la investigación e indagación de tales insucesos, fue ultimado intempestivamente en el intersticio que disponía para su alimentación por un par de sujetos que lo victimizaron con la utilización de armas de fuego.

El tribunal administrativo del Cesar desestimo las peticiones incoadas por la parte actora, con fundamento en el *principio de la relatividad de la falla del servicio*, aduciendo que, puesto que en el municipio de San Alberto existía gran cantidad de sujetos amenazados por las fuerzas del desorden, resulta imposible solicitar del Estado la profusión económica que permita adherir para cada persona un escolta personal, debido en efecto a su «imposibilidad física y presupuestal».

En oportunidad ulterior, una vez apelados los fundamentos de la providencia primaria, el Consejo de Estado con basamento en la posición de garante que recae sobre el Estado instituyó la responsabilidad de la Administración Pública, manifestando que tal calidad implica la saturación de ciertas normas en cabeza del sujeto normado – la Administración –, y que su desconocimiento implica «las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho».

⁶⁴ CONSEJO DE ESTADO., SCA., Secc. Tercera, febrero 18 de 2010. Exp. 18274, C. P. Dr. Enrique Gil Botero.

En ese entendido, el Alto Tribunal concluyó que la responsabilidad estatal derivada por el asesinato del funcionario, se encontraba comprometida, puesto que, «cuando el Estado conociendo la situación de riesgo y peligro que yace sobre una determinada población, grupo de personas o un ciudadano, omite y desatiende los mandatos contenidos en la Constitución Política, no sólo vulnera y transgrede de manera ostensible sus deberes y obligaciones positivas, sino que desatiende los mandatos propios fijados por los imperativos categóricos, específicamente, la defensa y satisfacción del principio de dignidad humana, fundamento y sustancia de todos los derechos y libertades públicas».

Convirtiéndose en estos aspectos, la cualificación de anomalía e irregularidad con la que se surte el servicio por la autoridad pública, gracia del *principio de relatividad de la falla en el servicio* en casos frontera, que oscilan entre la determinación diáfana de la falla del servicio y la diligencia y cuidado que la desvirtúan. Frente a ello, no cabe hablar de objetividad de la falta en el servicio. La misma se enfrenta a imponderables consideraciones que bien dispuestas, arrojan un poco más de indeterminación al concepto en estudio.

1.1.4. EL Desacuerdo sobre la «Falla del Servicio» como Criterio de Excelencia en la Prestación del Servicio.

1.1.4.1. El Desconcierto Respecto de las Exigencias del Servicio desde la Perspectiva de las Obligaciones Jurídicas Superiores Arrogadas a la Administración Pública.

Consientes de los imponderables de que adolece el concepto mismo «falla en el servicio», algunos tratadistas han oscilado entre presupuestos diversificados, con el propósito de soportar su refractaria y tenaz persistencia en el contenido objetivo que el mismo soporta. Aunado al concepto mismo de estándar de cuidado *in abstracto*, se encumbra la insistente solicitud por reglas extrajurídicas, que desembocarían - según platican - en la objetividad de la falla misma.

Así, el doctor Ramiro Saavedra presupone, «(...) la responsabilidad patrimonial constituye una consecuencia esencial de la cláusula del Estado Social de Derecho, el cual presupone necesariamente que el funcionamiento de la Administración ocurra según determinados principios garantes del interés general»^{65, 66}.

⁶⁵ SAAVEDRA. Op. cit. p. 251.

⁶⁶ El libro propuesto por el profesor Ramiro Saavedra, un documento bonísimo y celeberrimo, en el cual se estructura la responsabilidad extracontractual del Estado de forma circunspecta y motivada, el contenido apolítico *ab intra* de su estudio me convierte en un panegirista de su trabajo, y destaco la antológica de la labor realizada por su escrito, cuya efusividad y eficiencia determinan una argumentación cortesana y desembarazada, sin procacidad y obsequiosa de la institución de responsabilidad. Empero de ello, su recalcitrante afirmación sobre el contenido objetivo de la falla del servicio, permiten cierto intersticio y un leve grado de divergencia entre lo por él presupuestado y el objeto mismo de este escrito, que contiene una actitud divergente respecto de su planteamiento.

Sobre ese supuesto, se han erguido los contenidos obligacionales de los cuales se considera deudora la actividad ejercida por las autoridades públicas. Estándares constitucionales soportados en los artículos 1°, que encumbra la *clausula del Estado Social de Derecho*, el artículo 2, que delimita los *finés esenciales del Estado*, el cual encontraba su imagen unívoca en el artículo 16 de la Constitución Nacional de 1886. Así mismo, el contenido obligacional encuentra su sustrato en los artículos 11, 13, 88 y 209 (principios inmanentes a la función administrativa), entre otros.

Cuando la falla en el servicio se determina obedeciendo a la actitud material o acto administrativo indebidos, manifestada en la anormalidad e irregularidad en la actitud desplegada por la Administración Pública, el contenido avieso se observa, con especial énfasis en el contenido holístico que presupone el ordenamiento jurídico como un todo, supuesto un estudio *a priori*, partiendo del análisis de una teoría constitucional hasta descender a las propiedades del caso objeto de sentencia. O de un discurrir *a posteriori*, que implica el estudio inductivo, partiendo de las especificidades del caso concreto que analiza la actividad desplegada hasta llegar a los principios constitucionales trastocados.

La disquisición presupuesta que, no deja de ser un imperativo exigible en la conducta del juez al estudiar la conducta material debida, por contraste a el concepto mismo de «falta del servicio», no de por sí, deja de admitir inconvenientes en la determinación misma del contenido obligacional. En ese sentido, existe una serie de irresoluciones que se hacen presentes cuando de principios jurídicos se trata. Permítaseme, enunciarlas de la siguiente forma:

i.- Irresistible ausencia de completitud jurídica en la obligación arrogada a la Administración.

Sobre el particular, resultan ilustrativas las palabras enunciadas por el profesor Barros al disponer, «... es un error práctico y conceptual asumir que el conjunto de fines y valores que orientan una institución compleja conforma necesariamente un sistema coherente y cerrado»⁶⁷. Si se pasa por alto éste percance, se termina soslayando las ponderaciones necesarias efectuadas cuando se hace observable un conflicto entre normas jurídicas, y un conflicto en la determinación interna-espiritual que el juez realiza entre la conducta desplegada y las diversificadas opiniones que posee sobre el contenido obligacional mismo.

ii.- El desacuerdo acerca de qué es exigible de la Administración en la función administrativa.

Cuando los estándares son en exceso abstractos, la mancomunidad de elecciones sobre qué implica un principio jurídico, puede encontrarse en un momento dado amalgamada a lo que se ha denominado la ética del prejuicio y lo que interiormente la democracia inglesa denomino «los vicios del gran mundo». El juicio se presentara desdibujado si en la objetividad misma opera un subterfugio que engasta un simple fiat subjetivo.

⁶⁷ BARROS, Enrique. Tratado de responsabilidad extracontractual. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006. p. 34

iii.- La imposibilidad judicial de encontrar un criterio moralizador universal en las obligaciones administrativas.

Para referir que aquella empresa, que a través de presupuestos analógicos encuentra siempre una respuesta correcta a cada caso dado, cuando el basamento se encuentra establecido en principios jurídicos, el profesor H. L. A. Hart sostenía pertinazmente contra el argumento constructivista de Ronald Myles Dworkin, que: «Desde luego, para identificar el derecho los tribunales... nunca han adoptado expresamente un criterio holístico de esta naturaleza, que abarque todo el sistema, y Dworkin reconoce que ningún juez, salvo su mítico juez 'Hercules', podría realizar la hazaña de elaborar de una sola vez una interpretación de todo el Derecho de su país»⁶⁸.

Así, nadie con refinada sofistería podría demeritar el presupuesto necesario que implica el acaecimiento de los principios jurídicos como reglas de interpretación de qué sea lo que implica el concepto mismo de «falta en el servicio», siempre que no se olvide que los mismos, en razón de la indeterminación misma de que adolecen pueden sugerir eflujos en diversos sentidos, desde un punto nodal draconiano, a otro embellecido por la más sobria austeridad jurídica. Como efectivamente a constatado Robert Alexy al considerar la referencia a un sistema interno de valoraciones, manifestando: «Es insuficiente porque algo así como el sistema de valoraciones del ordenamiento jurídico no es ninguna medida fija, que sujete al que ha de decidir a una determinada valoración. Las diferentes normas son cristalizaciones de puntos de vista valorativos completamente diferentes y, a menudo, divergentes. Además, ningún principio está realizado ilimitadamente. A menudo ni siquiera está claro qué valoraciones recoge una norma, y esto significa que se debe decidir nuevamente sobre el peso que se debe atribuir a los diferentes puntos de vista valorativos que cabe encontrar»⁶⁹.

1.1.4.2. La Confusión en el Alcance de las Obligaciones de la Administración Pública dentro de la Clausula del «Estado de Derecho».

No pocas providencias encuentran la supuesta realidad objetiva del concepto de «falta del servicio» en la concepción misma de Estado de Derecho, el cual se encumbra más que como un problema ético de difícil resolución, como la solución propicia para justificar una sentencia en uno u otro sentido.

El problema surge, cuando el contenido mismo del concepto «falta en el servicio» se oscurece por tres tipos de intrincadas aflicciones que recaen sobre su determinación. Estas pueden ser subsecuentemente estudiadas, en la siguiente formulación:

⁶⁸ HART. "Post Scríptum al Concepto de Derecho". Op. cit. p. 251.

⁶⁹ ALEXY. Op. cit. p. 27 – 32.

i.- *Peticiones axiológicas personales sobre la excelencia de la función administrativa excedentarias del contenido del ordenamiento jurídico.*

Este inextricable vericuetto, que presupone para el juzgador un percance cognoscitivo que, se hace presente cuando imbuido por un orbe jurídico que predica los más bellos y prosopopeicos supuestos teleológicos bajo el lenguaje rotundo y sonoro de la ley, exige del derecho una mayor justicia, o una mayor intervención estatal sin importar el empirismo social que desborda la realidad consignada en la ley positiva.

El contenido del derecho mismo en sí, bien puede ser una celeberrima construcción moral, pero a ese contenido gallardo puede amalgamarse ciertas características propias de la bellaquería jurídica, y nada impide que no se engasten en el concepto mismo de Estado de Derecho. Permítaseme recordar el especioso comentario del profesor Joseph Raz, quien manifiesta: «Un sistema jurídico no democrático, basado en la negación de derechos humanos, en una gran pobreza, en segregación racial, en desigualdad sexual y en la persecución religiosa puede, en principio, conformarse a los requerimientos del estado de derecho mejor que cualesquiera de los sistemas jurídicos de las más ilustradas democracias occidentales. Esto no significa que este sistema sea mejor que aquellas democracias occidentales. Sería un sistema jurídico inconmensurablemente peor, pero sobresaldría en un aspecto: en su conformidad con el estado de derecho»⁷⁰.

ii.- *Cuando observada la actuación administrativa in concreto, la misma encuentra en un fallo delusorio una petición ética imposible de materializarse en el mundo sensible.*

Esta proposición encuentra su contrapartida en un concepto ya analizado, el *principio de la relatividad de la falla en el servicio*, que específicamente se convierte en un principio de relatividad del contenido obligacional estatal, que solicita del juez la admonición a la actuación material de la Administración con base en fundamentos reales, y no fundamentos filosóficos supraordenados de los que adolece el sistema jurídico como patrón público de conducta. Así, el Consejo de Estado, recalcitrantemente ha instado que: «En el plano ideal el Estado debería responder por toda muerte acaecida en el territorio nacional (él tiene el deber de proteger su vida); siempre que muriera una persona por falla de asistencia médica; por los niños que se quedan sin escuela y entran a la mendicidad»⁷¹, para luego relativizar el contenido del fallo y de la obligación de medio contrariada, con la realidad que contorno la realización de la actividad pública efectuada.

⁷⁰ RAZ, Joseph. La autoridad del derecho. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1985. p. 264.

⁷¹ Sentencia dentro de la cual se declaró la no responsabilidad del Estado, manifestado en el *principio de la relatividad de la falla del servicio*, en un evento en el cual, explotó un carro bomba en la ciudad de Cali, lo cual trajo de suyo, el detrimento patrimonial de una serie de individuos. El Consejo de Estado justificó su providencia, bajo el supuesto que, no existiendo prueba alguna sobre la actuación de algún elemento físico o instrumental en la producción del daño, cuanto tampoco existió material probatorio que permita endilgar responsabilidad estatal del Estado por omisión en la reducción de la actitud desplegada por terceras personas, en pro del hecho doloso. (CONSEJO DE ESTADO., SCA., Secc. Tercera, agosto 10 de 2000. Exp. 11585. C. P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez).

Ahora bien, con esto se priva al juez de lo que las disposiciones jurídicas mismas ostentan, pero se cae de nuevo en la indeterminación presente en el principio de la relatividad de la falla del servicio que, se manifiesta evidente cuando sobre una conducta desplegada existen elecciones contradictorias sobre el acaecimiento o no de la falla del servicio, consideraciones reales presupuestas.

iii.- *El exceso del arbitrio judicis en la delimitación de los valores del Estado de Derecho para decretar la «falla en el servicio».*

Permítaseme discurrir, *exempli gratia*, sobre un presupuesto básico del Estado de Derecho, la igualdad, presupuesto en el artículo 13 de la Constitución de 1991. Cuando de «igualdad» se trata, el contenido en efecto abstracto, puede partir de concepciones de justicia, como bien la propuesta por John Rawls, quien supone que las personas inmersas en la posición original y desarrollando un equilibrio reflexivo en su interior, elegirían dos principios, la igualdad de consideración y respeto, y la igualdad de oportunidades⁷². Jeremy Bentham, partidario de una teoría de la igualdad de éxito, presupuesta sobre estados de conciencia, suponía que de la diferencia presente entre «dolor» y «placer», la distribución se evidenciaba igualitaria, si propiciada la misma, procuraba un mayor grado de «placer» para el colectivo-comunidad.

Y si la diferencia entre prescripciones igualitarias se funda en una inserción más general, contrastando la igualdad de beneficios, con la igualdad de recursos, habrá mayor irresolución de qué sea lo que la igualdad implica en sí misma. Los partidarios de la primera, sostendrán que «un plan distributivo trata a las personas como iguales cuando distribuye o transfiere recursos entre esas personas hasta que ninguna transferencia adicional consiga que su bienestar sea más equitativo». Por el contrario, aquellos que observan con mayor agrado la segunda opción, la igualdad de recursos, manifestaran que, «ese plan trata a las personas como iguales cuando distribuye o transfiere de forma que ninguna transferencia adicional haga que su parte de los recursos totales sea más equitativa»⁷³.

Supóngase acrisolar a cada presupuesto teleológico del Estado, manifestado en el artículo 2, las diversas teorías que puedan acaecer como presupuesto para determinar el carácter objetivo del concepto «falla del servicio». En principio la tarea parece de improbable realización, pero evidencia un hecho, y es que, el contenido mismo de la cláusula de Estado de Derecho permite un mayor grado de irresolución en el juicio que busca una justificación inconcusa ética para determinar una conducta material administrativa como debida o abyecta. Ostensible aparece, la indeterminación del concepto si se observa una pluralidad de valores, o una relativismo moral en qué sea lo que el Estado de Derecho, como subsistema social, exige de la Administración Pública en su despliegue material.

⁷² RAWLS, John. La teoría de la justicia. 2 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2006. p. 439 y ss.

⁷³ DWORKIN. Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad. Op cit. p. 22 y ss.

1.1.5. La Indeterminación de que Adolece la «Falla en el Servicio» como Formulación Gramática-Verbal.

Oscar Wilde, uno de los mayores representantes del Esteticismo, hacia ostensible el verdadero valor de las palabras, declarando: «... ¡Las palabras! ¡Las simples palabras! ¡Qué terribles son! Quisiera uno huirlas. Y, sin embargo, ¡qué sutil magia hay en ellas! Parecen comunicar una forma plástica a las cosas informes y tienen una música propia tan dulce como la del violín o la del laúd. ¡Las simples palabras! ¿Hay algo más real que las palabras?»⁷⁴.

Sin embargo, existe una plúmbea contradicción, un apesadumbrado embarazo cuando intentamos conspirar sobre el significado de una palabra o de una composición de palabras en busca de la generalidad y se da por desdeñable la perspectiva ínsita en el caso concreto. Este es el problema presente, en la supuesta objetividad de la falla del servicio. Se pretende, tras una conjunción distributiva, ora por un concepto *in abstracto*, ora apelando a una justificación moral tenida por axiomática saturar todas las posibles eventualidades que pueden motivar la cualificación de la actividad abyecta hecha patente por contraste a una materialmente esperada y tenida por debida. Ocultando en tal distribución un verdadero sofisma: la existencia de objetividad en la falla del servicio.

Cuando el concepto dado a la «falla del servicio» no logra saturar todas las posibles contingencias o eventualidades, verbigracia, el concepto de anormalidad adscrito por Blaeboet⁷⁵, entonces se cambia el rumbo del barco por un abatimiento de la nave, manifestado en un uso grave y afectado del lenguaje, intentando dar resolución al caso que escapo a la primera definición acotada. Así se llega, de una definición tenida por exigua a una definición especulativamente conspicua, como el «nivel medio en la prestación del servicio», por ejemplo, y así a un *regressus ad infinitum*. Sin embargo, ya se ha observado como la objetividad supuesta en el concepto *in abstracto* de la falla del servicio es una forma de disfrazar una irresolución perenne en las decisiones judiciales sobre presupuestos administrativos materiales, cuando se pregunta por la existencia o no de una falta en el servicio.

En ese sentido, lo que debe hacerse es aprender a aceptar el carácter connatural propio de los términos. Conceder que, la «falla en el servicio» como expresión gramatical posee un contenido ínsito indeterminado y abstracto de difícil resolución, y no deslucir la impracticabilidad sensible con una objetividad delusoria. Sobre ese entendido, permítase referir la ilustrativa aserción de Ludwig Wittgenstein, al predisponer, «... muchas palabras no tienen un significado estricto. Pero esto no es un defecto. Creer que lo es, sería como decir que la luz de la lámpara de mi mesa no es en modo alguno luz real porque no tiene un límite preciso»⁷⁶.

⁷⁴ WILDE, Oscar. El retrato de Dorian Gray. España: El Nacional, 2002. p 24.

⁷⁵ Puede observarse, las diversas acepciones que han operado sobre el término «falla del servicio» en la reseña realizada por el profesor Michel Paillet. (PAILLET. Op. cit. p. 144 y ss.).

⁷⁶ WITTGENSTEIN, Ludwig. Los cuadernos azul y marrón. Madrid: Editorial Tecnos, 2009. p. 56.

1.1.5.1. El Concepto «Falla en el Servicio» como un Caso Frontera en Sí Mismo.

Para determinar el concepto de falla del servicio, se hace predicable una especie de sinonimia de casos, presupuesto indispensable de la justicia formal (coherencia expresa). Así, si en un caso determinado la prestación del servicio se tiene por acto contrapuesto a los deberes de la autoridad pública que lo ha ejecutado, resulta lógico que, en un caso con similares supuestos de hecho la cualificación de la actividad palmara recibir el adjetivo calificativo de «falta o falla del servicio».

Tres predicamentos, pueden formularse contra tal aspiración:

i.- *Ausencia de frontera precisa del término «falla en el servicio».*

La objetividad misma fenece, pues esta pretende la determinación irrefragable de un concepto que no conoce contornos definidos. Sobre el particular, es fácil asociar el término «falla en el servicio» con la irregularidad o con la anormalidad misma, empero la cualificación posterior sobre una actividad administrativamente desarrollada, no evidencia en modo alguno, que con tal calificación el término manifieste ausencia de idiosincrasias subjetivas atomizadas. La objetividad se encuentra, altamente remontada sobre el ansia de generalidad, sin embargo, cuando se precipita sobre dicho género una actividad que resulta a todas luces excedentaria del término general mismo, o que el término en sí, lleva insito complicaciones respecto al acuerdo de una actividad enjuiciada, la objetividad no pasa de ser una palabra ampulosa y grávida con abandono de resonancia en la realidad – sobre esto, regresare en breve –.

Recuérdese, la proposición de Hart, al sentenciar: «Aun cuando se usen reglas generales verbalmente formuladas, en los casos concretos particulares pueden surgir dudas sobre cuáles son las formas de conducta exigidas por ella (...). Habrá por cierto casos obvios, que aparecen constantemente en contextos similares, a los que las expresiones generales son claramente aplicables. Pero habrá también casos frente a los que no resulta claro si aquellas se aplican o no. Estos últimos casos son situaciones de hecho, que la naturaleza o la inventiva humana continuamente presentan, y que sólo exhiben algunas de las características del caso obvio, mientras que les faltan otras»⁷⁷.

ii.- *La inconstancia de la jurisprudencia administrativa en la regulación de la «falla del servicio».*

Obvia es, la existencia de una petición sin intermisión sobre la justicia formal, la cual se hace manifiesta en el tratamiento unívoco sobre supuestos similares de hecho, juzgando casos iguales de forma similar, de ahí que Felix Cohen suponía que, «el derecho es una criatura de la uniformidad»⁷⁸.

⁷⁷ HART. El concepto de derecho. Op. cit. p. 157 – 158.

⁷⁸ COHEN, Felix S. Ethical systems and legal ideals. New York: Falcon Press, 1933. p. 270. Citado por: FRANK, Jerome. Derecho e incertidumbre. México: Distribuciones Fontamara, 2001. p. 32.

Sensu contrario, es la afirmación según la cual, «... una decisión judicial – al igual que una persona – sólo va incrementando su fuerza con la edad hasta llegar a cierto punto de inflexión; puede también alcanzar una edad excesiva, menguando entonces su vinculatoriedad»⁷⁹. Esto puede ejemplificarse, si observamos – aunque no muy relacionado con el tema objeto de cuestión –, la evolución del *principio dinámico de las pruebas* en la institución de responsabilidad por falla del servicio en la actividad médico oficial. Prístinamente se considero, en sentencia de 24 de octubre de 1990⁸⁰, que existía en la responsabilidad médica oficial una presunción de falla, lo cual dejaba en manos de la entidad médica oficial la prueba de diligencia y cuidado de la actividad desarrollada, quedando solamente para la parte actora la prueba de la existencia del daño antijurídico y de la relación causa-efecto de éste con el servicio público.

Luego, tras una serie de casos, dentro de los cuales paulatinamente se llegó a una trasmutación en la línea de precedentes⁸¹, se determinó que el principio dinámico de la carga probatoria, respecto de actuaciones materiales, requería por su propia dinámica y significado que el juez determinara si fuese en manos de la entidad oficial o en manos de la parte actora la determinación de la incuria cometida en el procedimiento médico, dependiendo de las particularidades de cada caso *in concreto*, sobre la base que, «el planteamiento ha llevado a aplicar, en todos los casos de daño causado en desarrollo de la prestación del servicio médico asistencial, la teoría de la falla del servicio presunta, exigiéndosele siempre a las entidades públicas demandadas la prueba de que dicho servicio fue prestado debidamente, para poder exonerarse de responsabilidad. Resulta, sin embargo, que no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas o científicas. Habrá que valorar, en cada caso, si éstas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, sin duda, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio»⁸².

⁷⁹ ROSS. Op. cit. p. 172.

⁸⁰ Providencia en la cual, se juzgaba la actividad desarrollada por el Instituto de Seguros Sociales con sede en Sogamoso (Boyacá), en un caso en el que, tras un proceso de «ligadura de trompas», se aplicó anestesia raquídea, mediando una omisión en las pruebas de «sensibilidad indispensable», cuanto manifiesta también, la ausencia del examen pre-anestésico, sobre la buena disposición del organismo a la anestesia utilizada, silocaina. El resultado de la omisión surtida en la intervención realizada, fue la secuela permanente e irreversible, manifestada en paroplejía y una incapacidad laboral del ciento por ciento. (CONSEJO DE ESTADO., SCA., Secc. Tercera, octubre 24 de 1990. Exp. 5902. C. P. Dr. Gustavo de Greiff Restrepo).

⁸¹ Sobre la particularidad referida, pueden observarse las providencias: CONSEJO DE ESTADO., SCA., Secc. Tercera, agosto 24 de 1992. Exp. 6754, C. P. Dr. Carlos Betancur Jaramillo; CONSEJO DE ESTADO., SCA., Secc. Tercera, febrero 03 de 1995. Exp. 9142, C. P. Dr. Carlos Betancur Jaramillo; CONSEJO DE ESTADO., SCA., Secc. Tercera, octubre 07 de 1999, Exp. 12665, C. P. Dra. María Elena Giraldo Gómez, entre otras.

⁸² CONSEJO DE ESTADO., SCA., Secc. Tercera, febrero 10 de 2000. Exp. 11878. C. P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Ahora, cuando la conducta que se analiza es un *leitmotiv* subjetivo, mal pueden olvidarse las particularidades del caso, pues el principio de tratamiento igual de casos similares, se complementa con el tratamiento-diferencia de actuaciones materiales diversificadas. Qué un caso sea similar o diferente, se encuentra en el criterio judicial subjetivo, y el mismo se encuentra indeterminado por el laberinto presente en la irresolución propia de la expresión «falla o falta del servicio».

1.1.5.2. La Indeterminabilidad de la «Falla del Servicio» No Presupone Ausencia de Conocimiento de su Significado, sino Ausencia de Significado Concreto en la Composición Gramatical misma.

Al igual que sucede en materia *iuscivilista*, con el tratamiento esteticista-gramatical del elemento orgánico culpa que, busca a través de un concepto la generalidad de todas las situaciones supuestas, se hace presente, el camino desde la determinación de Adriano de Cupis, al prescribir que la existencia de culpa procede, «cuando no se ha empleado aquella tensión de las facultades mentales que habrían permitido prever el daño previsible, al igual que aun habiéndose previsto el daño, no se ha impreso a la propia energía volitiva aquella orientación que, con la finalidad de evitarlo, habría sido necesaria»⁸³, hasta llegar a estructuras más complejas como la supuesta por el Tribunal Supremo Español, al manifestar, «... es de mantener el concepto moderno de la culpa que no consiste solamente, según el criterio clásico, en la omisión de la diligencia exigible según las circunstancias del caso, ya que actualmente se ha ampliado el concepto de la culpa para abarcar aquellas conductas donde hay negligencia sin una conducta antijurídica y aquellas otras en que partiendo de una actuación diligente y lícita, no sólo en su inicio sino en su desarrollo, se entiende existente también una conducta culposa a virtud de un resultado socialmente dañoso que impone la desaprobación de la acción o de la conducta, por ser contraria a los valores jurídicos exteriorizados; es decir, es una conducta socialmente reprobada»⁸⁴.

Para que al final de ese éxodo dogmático, se termine ese trasegar entre definiciones acordes a una expresión, llegando a sólidas desilusiones, manifestando que: «... Bien vistas las cosas, la culpa, en su pureza ontológica, es de imposible demostración (...), lo único que le es posible al juzgador o al intérprete, es estudiar todas las circunstancias que rodearon el acto del sujeto que realizó o que produjo el resultado material. En ese sentido, el juez irá valorando progresivamente las modalidades de conducta y, a partir de ellas, y ya debidamente probadas, emitirá un juicio axiológico que tendrá las consecuencias jurídicas de una culpabilidad establecida»⁸⁵.

Situación similar ocurre en el ámbito de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública. Permítaseme partir de la definición propuesta para la «falla del servicio», por el Consejo de

⁸³ DE CUPIS, Adriano. El daño. Barcelona: Bosch, 1975. p. 187.

⁸⁴ ROCA TRIAS, Encarna. El riesgo como criterio de imputación subjetiva en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español. En: INDRET: Revista para el Análisis del Derecho. Vol. 4 (oct. 2009); p. 3 – 4.

⁸⁵ TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la responsabilidad civil. Bogotá: Temis, 1983. p. 63.

Estado, al inquirir que: «La falla del servicio es entonces la violación del contenido obligacional que se impone al Estado, y que puede ser infringido, ya sea porque así se deduce nítidamente de una norma que estatuye con precisión aquello a lo cual está obligado el Estado frente al caso concreto, ya sea porque así se deduce de la función genérica del Estado, que se encuentra plasmada prioritariamente en el artículo 16 de la Constitución Política. Estas dos maneras de abordar el contenido obligacional en lo que al Estado respecta y que permitirían concluir que hay falla del servicio cuando la acción o la omisión estatales causantes del perjuicio lo ha infligido, lejos de excluirse se complementan (...)»⁸⁶.

Hasta arribar a la supuesta realidad objetiva del estándar de cuidado *in abstracto* del nivel medio en la prestación del servicio, para de forma quimérica suponer que la «falla del servicio», esta sin más, definida en sus contornos esenciales y particulares.

Pero, ¿por qué se busca ahincadamente una resolución de la definición misma del contenido de la «falla del servicio»? ¿por qué ha de ser necesaria su objetividad? Antes de dar solución a estos enigmas, será necesario suponer un ejercicio. Asíéntaseme presumir por un momento que la definición propuesta por el Alto Tribunal Administrativo refleja una proposición inconcusa de lo que es en realidad la «falta del servicio», por consiguiente, siempre que se presente un caso en el cual la falla del servicio se analice, la resolución al mismo se configuraría saturando el caso con la definición presupuesta, como si la misma fuese un axioma.

Según tal supuesto, en el cual la conducta material desplegada por la Administración se aquilata por la definición dada, no es extraño que el juez encuentre una mayor irresolución al preguntarse con insistencia:

α) ¿Una norma jurídica puede nítidamente expresar el contenido obligacional del Estado? Nadie puede asumir con sobriedad y circunspección la idea de que un término jurídico o una disposición jurídica en su totalidad admite un sólo sentido, el «sentido correcto», resulta consabido, que esto en modo alguno es así. Sin embargo, alguien cándido y poco advertido podría presuponer que esto sea así, dando por descontado la irresolución presente en la expresión «falla del servicio», según los lineamientos de la definición acotada por el Consejo de Estado en su momento.

Se podría replicar a ello, desde dos perspectivas. La primera, resulta de una realidad que por ser notoriamente conocida, es una necedad su recalcitrante y pertinaz aserción, así resulta altamente perogrullesco reiterar que, «la ley no puede prever todas las situaciones y, por otra, aun previéndolas da lugar con frecuencia a diversos problemas de interpretación, correspondiéndole al Consejo de Estado y a los tribunales llenar los vacíos y decidir la interpretación que deba aplicarse»⁸⁷. Sin embargo, ni siquiera la interpretación surtida en los diferentes escalones de la

⁸⁶ CONSEJO DE ESTADO., Secc. Tercera, marzo 30 de 1990. Exp. 3510, C. P. Dr. Antonio de Irisarri Restrepo. Citado por: SAAVEDRA. Op. cit. p. 245.

⁸⁷ RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho administrativo. General y colombiano. 10 ed. Bogotá: Temis, 2007. p. 42.

cadena de validez judicial permite resolver el embrollo, pues la interpretación misma es objeto de desacuerdo, como se ha tenido la oportunidad de observar. La segunda objeción se evidencia, cuando un término, para el caso la expresión «falta del servicio», admite diversas acepciones. Incluso un acuerdo sobre que exige una norma a la Administración Pública en una actitud material desplegada puede estar fragmentariamente viciado, tanto en el alcance del contenido obligacional, como en el grado de violación experimentado, que constituiría la falta del servicio misma.

Negar esto, es dar a entender lo que no es, es dar por supuesta una objetividad en la falla en el servicio que contrastada con la realidad preponderante no es más que arcilla pintada y fango brillante. Al respecto, sostenía Wittgenstein: «Es útil recordar aquí que a veces resulta casi imposible para un niño creer que una palabra puede tener dos significados»⁸⁸.

β) ¿La función genérica del Estado, puede dilucidarse como una única forma tersa y bruñida? Aquí surge un problema, además de la indeterminación axiológica de los valores del Estado, que en sí misma resulta de dudosa resolución. La multiplicidad de que adolece el lenguaje permite una multiplicidad de fines, o del alcance que en tanto tales poseen. Bueno o malo suponen ser las concepciones sobre las cuales el concepto falta del servicio adquiere una resonancia jurídica. Sin embargo, las construcciones gramaticales bueno y malo son en sí mismas emociones personales que se traducen en sugerencias jurídicas. Así, si las composiciones «bueno» y «malo» fuesen determinaciones concretas o posiciones determinables, el concepto «falta del servicio» estaría dado, empero, como bueno y malo son también concepciones abiertas a una interpretación espiritual-subjetiva, resulta de toda perspectiva, una actitud mágica o prestidigitadora la aseveración que persiste en la objetividad de la falla del servicio.

Sobre el particular, sostenía Bertrand Russell, «... cuando tratamos de definir lo que tratamos de significar cuando decimos que esto o aquello es 'el Bien', nos vemos envueltos en muy grandes dificultades. La creencia de Bentham de que el placer es el Bien despertó una oposición furiosa, y se dijo que era una filosofía de cerdos. Ni él ni sus oponentes pudieron aducir ningún argumento. En una cuestión científica se pueden aducir pruebas por ambos lados y, al final, se comprende que uno defiende la mejor causa o, si no ocurre esto, la cuestión queda sin decidir. Pero en la cuestión de si esto o aquello es el Bien último no hay pruebas por parte de nadie; cada cual puede apelar solamente a sus propias emociones, y emplear ardidés retóricos que despierten emociones semejantes en otros casos»⁸⁹.

El ejemplo parece resolver la pregunta sobre la búsqueda inicial. Cuando persistentemente se busca incluir un término dentro de una definición, como es la cualificación "objetividad" insuflada a el concepto «falta del servicio» y el mismo no encuentra un sustrato en la realidad, se propende por

⁸⁸ WITTGENSTEIN. Op. cit. p. 55.

⁸⁹ RUSSELL, Bertrand. Religión y ciencia. México: Fondo de Cultura Económica, 1951. p. 141.

adscribir un nuevo concepto que sature la exigencia que la realidad predica y que no entraba en las lindes del concepto anteriormente analizado.

Lo cierto es que, la «falla del servicio», como conjunción de palabras expresa un contenido mental que alguien le ha otorgado, no existe una razón autónoma en el término que exprese su objetividad independiente de la valoración psicológica-individual del juez. Es el juez quien, en cada caso concreto determina los límites de la falla del servicio, esta no aparece por sí misma presente en cada caso, sino como configuración mental. La dificultad en encontrar un contorno acendrado de la «falla del servicio», «surge cuando observamos los hechos a través de una forma de expresión desorientadora»⁹⁰.

Ciertamente es posible condenar ciertas actitudes administrativas, tras una comprensión situacional como actividades abyectas al derecho y utilizar el indicador gramatical «falla o falta del servicio», como función designativa acorde a la actitud materializada, tal cual efectivamente ha enseñado la historia institucional del Consejo de Estado. Sin embargo, la naturaleza objetiva de la falla del servicio sólo puede ser predicable, a lo sumo, – para utilizar una expresión de Apel – de una «dieta unilateral de significados»⁹¹, que contrastada con la realidad no deja de ser un sistema de alabanza del «prejuicio de pureza cristalina» de los conceptos. La proposición *objetividad de la falla del servicio*, aparece como una ambivalencia conceptual deplorable, en un escenario donde sobreabunda la indeterminación y, cuyo repertorio – los jueces –, se enfrentan a un sinnúmero de libretos, en donde la sombra misma del término aparece desdibujada por impresiones personales, ya sean estos valores, *sit venia verbo* (usos del lenguaje), o cualesquier denominación que encubra el hecho de que el juez como hombre, prístinamente siente viva y profundamente un suceso, y subsecuentemente utiliza su perspicacia jurídica, esto es, su hombre de derecho.

⁹⁰WITTGENSTEIN. Op. cit. p. 60.

⁹¹ APEL, Otto Karl. Wittgenstein y Heidegger. La pregunta sobre el sentido del ser y la sospecha de falta de sentido contra toda metafísica. En: *Dianoia: Anuario de Filosofía*. (México. 1967); p. 145.

2. HACIA UNA MECÁNICA DE LÍMITES RAZONABLES EN LA APRECIACIÓN DEL TÉRMINO «FALLA EN EL SERVICIO» EN LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA.

Se ha observado que, la falla en el servicio parece ser una convención jurídica que podría comprender gran parte de las actividades realizadas por la Administración Pública⁹² y sin embargo se hace presente con una imposible resolución que impide su aprehensión absoluta. No deja pues, de causar sobresaltos aquella idea fecunda de objetividad en su contenido, pues observado el estado jurídico de cosas actual en que esta calificación jurídica se hace patente tal objetividad resulta ser una aspiración que encubre una refulgente praxis que insinúa lo contrario.

Quizás el yerro se debe a desnaturalizar la esencia misma de la apreciación de la falla del servicio, esto es, creer en la existencia de una facultad del alma humana que permita una dicotomía entre lo bueno y lo malo, lo verdadero y lo falso, y por extensión, entre toda conducta contraria a un sistema jurídico y toda conducta concordante, en todos los casos y sin restricción alguna. La supuesta objetividad en la falla del servicio pasa por alto, que entre tanto esta facultad se presente indeterminada, la apreciación del buen o mal funcionamiento de la Administración en un supuesto de hecho o acto administrativo, no podrá ser menos abstrusa.

Tal parece ser la razón de Cohen, al postular, «los deseos e ideas personales de quienes administran el derecho nunca pueden ser descartados completamente»⁹³, observando la imposibilidad de su evanescencia en la interpretación del ordenamiento jurídico. Esa indeterminación en la condición humana sobre la apreciación de los hechos se presenta no sólo por la imprecisión del término a interpretar, esto es, la «falla del servicio», además porque incluso nuestras propias percepciones se encuentran en disputa. Resulta pues, que por esa ausencia de completitud el concepto «falla del servicio» no puede ser ni objetivo ni objetivable. Tal parece la razón que hace de los significados del concepto jurídico falla del servicio justificaciones *post hoc* que deben ser cambiadas progresivamente tan pronto una actividad material o acto administrativo cae fuera de la frontera que el concepto delimita.

Sin embargo, sostengo que la esencia misma del concepto «falla del servicio» puede obtenerse en el campo que suscita su propia indeterminación, esto es, la falta de certeza en el alcance de las obligaciones administrativas y de la fuerza de la jurisprudencia observada como historia institucional

⁹² Así, las funciones realizadas por el Estado deben evitar a lo sumo, omisiones simples, hipótesis de retardo, errores producto de negligencias, impericias e imprudencias, mala organización administrativa y actuaciones dañosas que terminen configurando una obligación resarcitaria a cargo del Estado. Sobre el particular, puede observarse la excelente caracterización de cada una de estas actitudes que son causa necesaria y suficiente de una falla en el servicio, en el libro del Doctor Ramiro Saavedra. (SAAVEDRA. Op. cit. p. 253 y ss.).

⁹³ Sin embargo, Felix Cohen consideró que, siempre existe un juicio uniforme entre los jueces con basamento en el «*espíritu profesional*», y este ayuda a menguar al máximo tales interpretaciones subjetivas. Así, sostuvo: «El juego de creencias personales, respecto de la conveniencia de una determinada norma o decisión, tiene su verificación primaria en el sentimiento del funcionario judicial de que su función le impone un deber hacia todo el orden jurídico como tal, cualquiera sea su contenido». (COHEN. Op. cit. p. 33).

que sujeta los juicios presentes y futuros, y que una vez adscrito, en tanto que extraído de esa incertitud, debe dar razón de su existencia.

Ahora bien, el concepto en tanto que no intenta delimitar la falla del servicio *in extenso*, pues admite la eternamente presente indeterminación en las apreciaciones morales y en los juicios que caigan en el intersticio entre fallas del servicio efectivamente consideradas y ausencias de fallas en el servicio por diligencia y cuidado en el servicio realizado, simplemente tiene la virtud de hacer más notables los límites siempre difusos en la falla del servicio en la función administrativa.

Prístinamente se ha de considerar el tratamiento de la falla del servicio realizado en el presente como un sentido justificativo que evidencia, que la apreciación de la falla aunque no delimitada del todo posee cierta barrena que resulta de imposible superación si es que el derecho supone su propia existencia y la de los estándares que de él dependen. Luego, todo límite en la apreciación misma de la falla del servicio se encuentra en el confín que el derecho presupone, una vez terminada su órbita de aplicación. En ese sentido el concepto mismo es, una forma de justificación de una cualificación jurídica ya operante.

2.1. RAZONES PARCIALMENTE EXCLUYENTES DEL ABUSIVO EJERCICIO DEL *ARBITRIO JUDICIS* EN LA APRECIACIÓN DE LA «FALLA EN EL SERVICIO».

Karl Popper, sostenía: «Es menester mantener puras las fuentes del conocimiento, porque toda impureza puede convertirse en una fuente de ignorancia»⁹⁴. Así, pese a que las fuentes de la falla del servicio son además el arcaduz de su propia indeterminación, toda apreciación de la falla que no observe a la ley y a la jurisprudencia es de por sí arbitraria y supone por su desconocimiento, un abuso del *arbitrio judicis* en la imputación que por falla en el servicio se realice contra la autoridad pública que ejerció el servicio por el cual es juzgada.

Puede causar extrañeza que observe como fuentes de la falla del servicio sólo a la ley y a la jurisprudencia, y que abstraiga a postulados tales como la justicia o la equidad, sin embargo, sostengo que, en cuanto limitada la apreciación de la falla del servicio sobre el contenido genérico obligacional de la Administración y la interpretación jurisprudencial que del mismo se hace, al condenar al Estado por una conducta contraria a tal débito obligacional por suponer una falla en el servicio, la misma como concepto jurídico se encuentra delimitada por la interpretación jurisprudencial de la ley que evidencia la función administrativa.

Se ha sostenido que cuando el juez, gracia de la indeterminación de la ley y de la jurisprudencia sobre una conducta nueva no efectivamente delimitada, debe optar por una elección, sea cual fuese la misma, esta deberá estar referida a los términos del derecho como ordenamiento jurídico que expresa una totalidad de postulados jurídicos. En ese entendido, H. L. A. Hart sostenía: «En todo

⁹⁴ POPPER. Op. cit. p. 37.

sistema jurídico hay un importante y amplio campo abierto al ejercicio de la discreción por los tribunales y por otros funcionarios, quienes la ejercen fijando el contenido de criterios o pautas inicialmente vagos, resolviendo las incertidumbres de las leyes, o desarrollando y acondicionando las reglas que sólo han sido comunicadas en forma muy general por los precedentes revestidos de autoridad. Sin embargo, por importantes que sean estas actividades y por insuficientemente estudiadas estén, no deben ocultar el hecho de que tanto la estructura dentro de la cual tienen lugar, como su principal producto final, consiste en reglas generales»⁹⁵.

Cabe admitir que, aunque la prescripción no admite duda sobre su veracidad, resulta excesivamente lábil en la apreciación de la falla del servicio que, en cuanto norma jurídica abstracta permite una alta serie de elecciones entre contenidos axiológicos, disposiciones jurídicas y líneas de jurisprudencia inestables. Pues, aún asintiendo en la prognosis que toda apreciación de la falla del servicio deberá ser referida a disposiciones jurídicas, no por ello deja de presentarse irresoluble el juicio que sobre la misma se hace, e incluso puede asentirse, sabiéndolo o no, contenidos personalísimos del juez contrarios a lo que el ordenamiento jurídico en su integridad predispone, lo cual por demás también resulta ser un entresijo de difícil aprehensión.

Sin embargo, se puede observar en la interpretación que del contenido obligacional de la Administración se ha realizado en la jurisprudencia, ciertos límites que contrastados con percepciones personales, resultan de mayor peso y por ello suponen su aplicación superpuestas sobre tales subjetividades en la apreciación de la falla del servicio, sin excluirlas del todo. A esto referiré los siguientes apartes.

2.1.1. El Concepto de Autoridad⁹⁶ de las Obligaciones Funcionales de la Administración Pública en la Imputación por «Falla del Servicio».

El derecho como conjunto de disposiciones jurídicas, implica un juicio restricto sobre la apreciación de la falla del servicio, como de cualesquier estándar jurídica que lo componga. Cuando se pregunta sobre el acaecimiento de una anormalidad o inactividad en la prestación del servicio surgida de la injerencia de una autoridad pública, el pretil que delimita la interpretación del juez es, el estándar de

⁹⁵ HART. El concepto de derecho. Op. cit. p. 169 y ss.

⁹⁶ Si bien, en esta línea de mi argumentación he utilizado de forma prieta las expresiones empleadas por el profesor Joseph Raz, en su especiosa elucidación sobre el concepto de «Autoridad del Derecho», mis apreciaciones son diferentes, en tanto que, éstas presuponen una forma de hacer más inteligible la apreciación de la «falla del servicio» en la función administrativa, encontrando en las expresiones una forma de justificación de una institución que ya ha recorrido gran parte del camino. Por el contrario, el profesor Raz busca interpretar el concepto de autoridad legítima, eliminando las «paradojas de la autoridad», dentro del presupuesto ontológico del derecho, como patrón de conducta pública. Esto se puede evidenciar, en sus argumentos, al afirmar: «La autoridad es un concepto práctico, Esto significa que las cuestiones de quién tiene autoridad sobre quién, son cuestiones prácticas; tratan de lo que uno debe hacer. En otras palabras, los enunciados de que algunas personas tienen autoridad pueden servir como premisas en inferencias prácticas. Una explicación de la autoridad tiene que explicar, precisamente, la relevancia práctica del concepto. Tiene que explicar, justamente, cómo es susceptible de figurar en inferencias prácticas». (Raz. Op. cit. p. 18 – 51).

cuidado debido que el derecho presupone. Así, rota por la actitud material orgánica (s. l. acción – omisión) la disposición jurídica que evidencia una actitud contraria a la acaecida, surge la cualificación posterior de la actividad desplegada, cualificación esta que es la «falla o falta del servicio».

De esa forma, el examen subsecuente a la actitud lesiva de la Administración Pública que realiza el juez, tiene su columnata en la trasgresión de un estándar obligacional mas que en la apreciación del derecho subjetivo trasgado, pues no se considera al usuario acreedor a una bonísima y conspicua prestación en los servicios públicos⁹⁷. Recuérdese a Planiol, quien sostenía la imposibilidad de evidenciar un deber donde la inexistencia de las normas se presenta evidente⁹⁸. Sin embargo, con la existencia de un deber preexistente para la posible configuración de la falla del servicio no se elimina sin más la indeterminación, lo que aquí se excluye es, la posibilidad de condenar a la Administración Pública sin un soporte jurídico que precede la actitud aviesa por la cual es hecha responsable. Empero, la indeterminación de la que consta la falla en el servicio es en sí misma indisgregable, y su interpretación judicial aunque prieta, no se encuentra de por sí desprovista de la inercia personal del juez.

Lo que precede, expresa con mayor claridad la sinopsis presentada por Ernst Fuchs, representante de la doctrina del derecho como ser-natural, según la cual: «La ley no puede abarcar la inagotable riqueza de la vida, y cuando la ley o la costumbre no fueron pensadas para un caso resulta injusto forzar la introducción de ese caso en dicha norma»⁹⁹.

No obstante, el juicio puede ser racionalmente estabilizado, sin llegar a su saturación completa, apelando al criterio de autoridad del derecho en sí, el cual permite escindir razones valorativas extremosas del contenido de un orden jurídico dado. En ese sentido, Robert Wolff manifestaba, «... los hombres pueden perder su autonomía a voluntad. Es decir, un hombre puede decidir obedecer

⁹⁷ Similar aserción se presenta, cuando se afirma, «... lo cierto es que la doctrina jurídico-administrativa no considera por lo general al usuario de un determinado servicio como presunto titular de un derecho subjetivo al funcionamiento normal del mismo, como ocurre en un contrato, sino que lo supone más bien colocado en una situación general e impersonal ligada a un estatuto legal y reglamentario. Además, en la mayoría de los casos la atención del juez recae preferentemente sobre la ausencia o la existencia de una obligación a cargo de la administración, y no sobre ese hipotético derecho subjetivo». (SAAVEDRA. Op. cit. p. 242).

⁹⁸ Se evidencia, para la apreciación de la «falla del servicio», la presencia de un axioma decimonónico, supuesto bajo el presupuesto de la pre-configuración previa del ordenamiento jurídico a la actividad tenida por tal. Así, supone Paillet, tras una lista de las percepciones de la falla, «Una última presentación tiende a hacer comprender la culpa de servicio como la violación de una obligación administrativa. Hay allí, como es evidente un vínculo de filiación con los análisis de Planiol, para quien la culpa civil consiste en la violación de una obligación preexistente». (PAILLET. Op. cit. p. 149).

⁹⁹ De ahí que la Teoría del Derecho Libre, manifieste: «Si las palabras de la ley retrataran exactamente toda realidad, la decisión jurídica sería inequívoca e indiscutible, entonces sí que podría verse como pura 'álgebra conceptual' y no se necesitaría ni un sistema de recursos ni una legión de abogados. Si la ley es siempre insuficiente y equivoca, no tendrá sentido propugnar la vinculación a la ley como fidelidad a la letra de la ley». (FUCHS, Ernst. Juristischer kulturkampf. G. Braunsche: 1973. p. 228. Citado por: GARCIA, Juan Antonio. Ensayos de filosofía jurídica. Bogotá: Temis, 2003. p. 150).

los mandatos de otro sin hacer ningún intento por determinar, por sí mismo, si lo que se manda es bueno y sensato»¹⁰⁰; en esa línea de razonamiento, en tanto se supone amalgamada la autoridad sobre la propia deliberación personal, se presupone la ausencia de valoraciones meritorias subjetivas en un supuesto de hecho. La racionalidad misma de las normas jurídicas encuentra su límite en una norma preexistente, sin la cual no puede existir cualidad jurídica en la función administrativa. Así, la idiosincrasia personal del juez se encuentra limitada por la interpretación de una norma dada, no es admisible pues, para el juzgador un principio de autonomía irrestricto para configurar una falla del servicio, lo posible es que, él mismo interprete una ley de contornos difusos pero su apreciación no podrá ser ejercida fuera del orbe jurídico, de la cual la interpretación es deudora.

Esta aserción, sin embargo, no presupone que la subjetividad que se insufla en toda apreciación de la falla del servicio en una actitud material nefaria al contenido jurídico preexistente, sea de fácil resolución. La incertidumbre subsiste, pero la interpretación misma debe superar cierta barricada para ser tenida por legítima como razón para endilgar a una conducta material o acto administrativo la cualificación jurídica «falla en el servicio».

La autoridad del derecho no supone el concepto «falla del servicio» como incuestionable, no supone razones en uno u otro sentido para actuar, siempre que el derecho como ejercicio de interpretación presuponga un fiat sobre un sinnúmero de elecciones, pero si advierte que, toda interpretación desbordante de las líneas que delimitan el sistema jurídico no puede ser tenida por «falla del servicio». En esto, precisamente se encuentra la antípoda al principio de autonomía moral irrestricto, en que, estando este siempre presente, debe ser circunscrito a la interpretación que el derecho mismo ha establecido.

Supóngase que, existiendo una actividad administrativa, la misma se observa a la luz de una posible cualificación orgánica como «falla o falta del servicio». Supóngase además que, existen ciertas hipótesis en el caso que hacen evidentes innegables actitudes que en sí mismas, configuran la falla del servicio. Tales actitudes pueden derivar de una omisión, retardo, mala organización en la actividad administrativa o actuaciones dañosas sobre la prestación del servicio, entre otras. Si el concepto se encuentra delimitado por el contexto jurídico, entonces es obvio que existe una razón para calificar la falla del servicio, y la cognición en sí misma, es un excelente patrón para obliterar razones de menor valor, es decir, razones personales sin supuesto jurídico. Empero, las razones a sí mismas consideradas, no son un celeberrimo óbice para optar por una u otra interpretación cuando una norma jurídica permite interpretaciones en dos sentidos, sean contrapuestos o concomitantes, aquí existe un primer tipo de laguna jurídica, la cual presupone de por sí, una elección entre las normas en disputa¹⁰¹.

¹⁰⁰ WOLFF, Robert Paul. In defense of anarchism. Nueva York: Harper and Row, 1970. p. 14. Citado por: RAZ. Op. cit. p. 43.

¹⁰¹ Sobre la falta de completitud del derecho como patrón de conducta, Hart manifestaba, «... las reglas y principios jurídicos, identificados de manera general por los criterios que ofrece la regla de reconocimiento, poseen a menudo lo que he llamado 'textura abierta', de tal manera que cuando se trata de establecer si una regla determinada es o no

Que la razón para cualificar la falla es, en sí misma indeterminada, es así porque el derecho supone su propia indeterminación¹⁰², ya por los valores abstractos que presupone, ya por la ausencia de límites precisos en sus formulaciones verbales. Sin embargo, la falla del servicio se desnaturaliza, si presupuesta no posee correlato en el ordenamiento jurídico que estatuye la obligación trasgada por la actuación lesiva de la administración.

Joseph Raz, ha denominado a la característica propia del concepto de autoridad legítima que subvierte la idea misma de principio de autonomía moral, bajo el rótulo «las paradojas de la autoridad»¹⁰³. Se advierte que si de autoridad se trata, siempre existen mejores razones en un subconjunto social – como el derecho – para actuar, que otras en comparación a las primeras. Así, las valoraciones personales encuentran su límite en el contexto demarcado por los estándares jurídicos sobre los cuales se insertan y su asenso, si los mismos se encuentran en concordancia con las normas jurídicas objeto de resolución. Así, no resulta posible condenar a la Administración Pública por falla en el servicio, si se ha desplegado una actitud de diligencia y cuidado adecuada a la prestación del servicio, pues dicha circunspección en el actuar administrativo satura la obligación preexistente en el estándar de cuidado debido. Empero, es necesario apercibir que las razones mismas, pueden ser objeto de irresolución, sólo que estas se enervan porque para operar deberán superar los criterios que el estándar de cuidado supone.

Si resulta imposible superar las impresiones subjetivas en una sentencia, estas no pueden obviarse a cualquier consideración en que la «falla del servicio» actúa. Sin embargo, si las razones personales se observan excedentarias del contenido mismo del estándar de cuidado debido que debe cumplir la Administración Pública, deberán contener un alto grado de sutileza y artificio para poder ejemplificar una falla del servicio. Al apreciar si existe o no una falla del servicio en la actitud material desplegada, el juez deberá elegir entre: crear un artilugio que permita sus impresiones

aplicable a un caso particular, el Derecho no da respuesta en un sentido u otro y, en consecuencia, se demuestra incierto. Éstos no son simplemente ‘casos difíciles’, discutibles en el sentido de que juristas razonables e informados pueden discrepar respecto de cuál es la respuesta jurídicamente correcta, sino que en estos casos el Derecho es fundamentalmente *incompleto*, puesto que *no* proporciona respuesta alguna a las cuestiones en juego». (HART. *Post scriptum* al concepto de derecho. Op. cit. p. 240).

¹⁰² La falta de completitud en el ordenamiento jurídico se presenta, como sostiene Robert Alexy, porque: «Las normas jurídicas surgidas del proceso de la legislación no solucionan todos los problemas. Se ha puesto de manifiesto numerosas veces que de ninguna manera determinan de forma completa la decisión jurídica. Se enunciaron cuatro razones para ello: (1) la vaguedad del lenguaje del Derecho, (2) la posibilidad de conflictos normativos, (3) el hecho de que son posibles casos que exigen una regulación jurídica, pero para cuya regulación no se encuentra ninguna norma ya vigente, y (4) la posibilidad de decidir en casos especiales en contra del tenor literal de la norma». (ALEXY. Op. cit. p. 273 – 274).

¹⁰³ Las *paradojas de la autoridad*, sostiene, «... todas ellas se refieren a la alegada incompatibilidad de la autoridad con la razón y la autonomía (moral). Estar sometido a la autoridad, se argumenta, es incompatible con la razón, puesto que ésta exige que siempre se actúe en base a la balanza de razones de las que uno está consciente. Es de la naturaleza de la autoridad requerir sumisión aun cuando se piense que lo que nos es requerido es contrario a la razón; por lo tanto, el sometimiento a la autoridad es irracional». (RAZ. Op. cit. p. 17 – 18).

personales, o enervar su juicio por razones jurídicas que desborden su propia personalidad, incluso si las mismas, suponen un contenido dictatorial diversificado al cual él hubiese aspirado¹⁰⁴.

Llámesese, a este tipo de razones, «excluyentes»¹⁰⁵, las cuales si bien permiten la inclusión de percepciones psicológico-individuales sobre la cualificación de conductas materiales o actos administrativos, en tratándose del análisis de la «falta en el servicio», suponen además, una refinada sofistería para insuflar conductas personalísimas extremosas de los límites del ordenamiento jurídico, y de otro lado, presuponen una sujeción a las limitantes que el estándar de cuidado debido soporta.

Se podría acertar al manifestar que la propia razón excluyente, permite una proposición inversa a la línea de razonamiento del estándar de cuidado encubierta en las mismas normas jurídicas. En efecto, la indeterminación no se evanece y una razón excluyente puede ser, para aquel que puede deleitar, conmovir o persuadir a través del lenguaje una excelente forma de disfrazar una conducta excedentaria del contenido mismo de la disposición jurídica que enaltece las obligaciones del Estado. Recuérdese a Marco Tulio Cicerón, quien prescribía: «El que seduce al juez con el prestigio de su elocuencia, me parece más culpable que el que lo corrompe con dinero»¹⁰⁶.

Sin embargo, la historia institucional ha presupuesto ciertas conductas como evidencias de la presencia de fallas en el servicio¹⁰⁷ en un sinnúmero de actividades desplegadas por las autoridades

¹⁰⁴ Sobre el particular, manifiesta Kelsen, «... en la aplicación del derecho por un órgano jurídico, la interpretación cognoscitiva del derecho aplicable se enlaza con un acto de voluntad, en el cual el órgano de aplicación de derecho efectúa una elección entre las posibilidades que la interpretación cognoscitiva muestra. Con ese acto o bien se produce una norma jurídica de nivel inferior, o se lleva a cabo el acto coactivo estatuido por la norma jurídica aplicable». (KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho. México: Porrúa, 2007. p. 354).

¹⁰⁵ En este punto, he utilizado la expresión empleada por Raz «razones excluyentes», de forma diferente a como él la utiliza. En mi análisis, las «razones excluyentes» sustituyen las implicaciones propias de la expresión «norma jurídica preexistente» y suponen además, la sujeción en la apreciación de la «falta del servicio» al principio de seguridad jurídica y a la doctrina del *stare decisis*. Por el contrario, el profesor Joseph Raz en su explicación de la autoridad debida al derecho como autoridad legítima, ejemplifica las «razones excluyentes», así: «... La instrucción del padre de obedecer a la madre es, por tanto, una razón para actuar por una razón; una razón para actuar siguiendo la instrucción de la madre, la cual es, por sí misma, de cualquier forma, una razón. Voy a denominar a la razón para actuar por una razón, una razón de segundo orden positiva. Existen también razones de segundo orden negativas, esto es, razones para abstenerse de actuar por una razón. Llamaré a las razones de segundo orden negativas, razones excluyentes. Para tener un ejemplo de una razón excluyente únicamente necesitamos invertir la instrucción del padre y asumir que éste ordena a su hijo no actuar siguiendo las órdenes de su madre. Así, el hijo tiene una razón para no actuar por una razón». (RAZ. Op. cit. p. 33 y ss.).

¹⁰⁶ Similar aserción y esplendida constatación, realizaba Sócrates en su coloquio con Fedro, tumbados bajo el árbol de plátano, al mencionar: «... quien conoce la verdad, jugando con palabras, puede desorientar a los que le oyen». (PLATÓN. Fedro. En: Diálogos: Apología de Sócrates. Banquete. Fedro. España: Editorial Planeta-DeAgostini, 1995. p. 295 y ss.).

¹⁰⁷ La sentencia de 11 de abril de 2002, en la cual se observó la conducta desplegada por el Hospital Universitario de San Jorge de Pereira, en una situación en que fue admitido en esta entidad oficial prestadora de salud un particular que

públicas. En ese sentido, la razón excluyente, más precisamente será una subsecuente interpretación aplicada a los estándares que delimitan la falla del servicio. Así, la razón excluyente supone un presupuesto teórico-normativo de carácter abstracto – la ley –, y una actividad empírica-normativa de carácter concreto que la interpreta – la jurisprudencia –. ¿Qué sea, una buena razón para endilgar a una actitud material la «falla del servicio»? es resolver la pregunta, ¿ésta es una razón excluyente, considerada la misma en el contexto legal y en la historia institucional que evidencia una jurisprudencia constante?

Además de las razones excluyentes, encontramos otro tipo de razones que evidencian el por qué de la cualificación de la «falla en el servicio», esto es, el por qué una actitud material o un acto administrativo evidencian una falla del servicio. Permitaseme denominar a estos patrones, «razones protegidas»¹⁰⁸. Sin embargo, este tipo de razones para decretar la falla del servicio no son inmutables y pueden aparecer como buenas razones en unos casos para determinar una falla y en

había sufrido un «trauma craneoencefálico» producto de una precipitación al suelo de una distancia de dos metros, propiciado por un choque eléctrico al contacto con un cable de alta tensión. En la conducta desplegada por la entidad se observó negligencia en la realización de los exámenes solicitados por diversos galenos, en especial, la solicitud reiterada de una tomografía axial computarizada (TAC) que sumo 5 sollicitaciones, la cual se apercibió necesaria pues el paciente había caído de la camilla producto de agitación sicomotora y ausencia en la sujeción mecánica propia de todas los pacientes con afectaciones en el continente óseo cerebral. Además, se hizo presente la ausencia de medios preparatorios y administrativos para la atención oportuna de la situación presentada. Con esto se evidenció, lo que he denominado *razones excluyentes* las cuales obraron sugiriendo que en caso de presentarse situaciones similares en hechos futuros, la falla del servicio aparece evidente, puesto que, en tales eventos la interpretación del estándar de cuidado debido arrogado a la Administración supone que, esta admite como contenido una operación diversa a la realizada. Tal actuación nefaria se evidencio – por lo que en breve, denominare *razones protegidas* – en una falla en el servicio por «actos paramédicos» (acciones preparatorias y posteriores al acto médico) por la actuación disoluta en realizar los exámenes ante la advertencia de la necesidad de TAC y por la caída de la camilla producto de la no sujeción mecánica, y además, en la falla del servicio por «actos extramédicos» (hostelería y seguridad) que se tradujeron, en el caso en comento, en la evidencia de servicios administrativos no diligentes. (CONSEJO DE ESTADO., SCA., Secc. Tercera, abril 11 de 2002. Exp. 13227, C. P. Dr. Alíer Eduardo Hernández Enríquez).

¹⁰⁸ He utilizado de nuevo una expresión del profesor Raz, denomine «razones protegidas» a lo que comúnmente en derecho se denomina los *ratio decidendi* – evidenciada como soporte que constituye la razón de la decisión, manifestado a través del por qué se ha roto la obligación arrogada a la administración –, y he precisado que las mismas pueden o no hacer parte de la apreciación de la «falla del servicio» en la función administrativa en un momento dado, puesto que tienen cierta relatividad, como se verá más adelante. Por contra, Raz utiliza tal expresión para definir el poder, y lo entiende como aquella capacidad que permite a una persona cambiar razones protegidas de otra. Raz lo ejemplifica así: «Algunas veces una persona puede tener una razón para realizar una acción y, también, una razón para no actuar por ciertas razones que están en contra de esa misma acción. El hijo en nuestro ejemplo, puede estar al tanto de que su único abrigo es feo. Ésta es una razón en contra del uso del abrigo. Ésta contradice la instrucción de su madre de usar abrigo cuando salga de noche. Pero la razón de no usar el abrigo es reforzada indirectamente por la orden del padre de no tomar en cuenta las instrucciones de la madre. En éste y en muchos otros casos el hecho de que haya una razón (la orden del padre) para dejar de considerar ciertas razones (la instrucción de la madre) para ϕ -r (usar el abrigo) es diferente del hecho de que haya una razón (la fealdad del abrigo) para no ϕ -r. Sin embargo, algunas veces el mismo hecho es, a un tiempo, una razón para una acción y una razón (excluyente para no tomar en cuenta las razones en contra). Llamaré a estos hechos razones protegidas para actuar». (RAZ. Op. cit. p. 33 y ss.).

otros no, por contra, a las razones excluyentes que son siempre necesarias para la existencia de falla del servicio.

Condesciéndaseme, una reminiscencia de sentencias que han utilizado lo que denomino razones protegidas para analizar la responsabilidad estatal por «falla en la prestación del servicio»:

La sentencia de diciembre 4 de 2007¹⁰⁹, que cuestionaba la actitud desplegada por la Policía Nacional en un caso, en el cual, se produjo el asesinato del Inspector del Trabajo en la Regional de Medellín del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (actualmente de la Protección Social) por razones enteramente laborales, propiciadas por el despido masivo de trabajadores del Ministerio en cuestión, ciento sesenta y nueve despidos a lo sumo. Caso sobre el cual, además de un disenso entre el tribunal de primera instancia y el tribunal de cierre, se decretó la falla del servicio en cabeza del Ministerio de Defensa-Policía Nacional, por cuanto, pese al no aviso de la víctima a las autoridades sobre la situación de peligro que vivía, se conjeturo que, de la actitud desplegada por la Policía, la cual frecuentó en un período de 10 días el domicilio de ésta, se podía inferir que existía conocimiento del atentado que infelizmente terminó con la muerte del funcionario. Sentenció el Consejo de Estado en esa oportunidad la falla del servicio, con base en el siguiente razonamiento: «...para imputar la responsabilidad al Estado, que los demandantes prueben indefectiblemente la petición de protección elevada por la víctima de los hechos violentos, sino que basta con acreditar que las autoridades públicas correspondientes, sí conocían de la situación de peligro en que se enmarcaba la persona, supuesto que por sí solo reviste la suficiente entidad como para dar por acreditado el incumplimiento de un deber constitucional y legal a cargo de aquellas en el evento de que hayan hecho caso omiso, o lo hagan de manera defectuosa».

No fueron de recibo las constataciones del Comandante de Policía de Envigado, quien adujo, «... me permito informar a ese Despacho que revistados los libros y carpetas de oficios recibidos de diferentes autoridades civiles de la estación de Policía de Envigado se llevan, no aparecen registrados antecedentes algunos donde se solicite protección personal...».

La razón determinante para este fallo que hizo ostensible la falla del servicio, es el incumplimiento a los deberes de protección y vigilancia que el Estado posee en razón de su *posición de garante*. Sin embargo, tal posición aunque de por sí, razón protegida, no es en efecto incuestionable, pues admite decisiones en uno u otro sentido, consideraciones fácticas realizadas, esto es, relación procederes y recursos disponibles, además de un análisis *ad itidicem* de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que obraron en derredor de la actividad desplegada por la Administración Pública.

Obsérvese la sentencia de octubre 11 de 1990¹¹⁰, *exempli gratia*. Aunque ínsita la posición de garante del Estado, existió ausencia de falla en el servicio en la actuación desarrollada. Providencia en la cual se analizo el incendio de un vehículo de servicio público, el cual prestando su servicio

¹⁰⁹ CONSEJO DE ESTADO., SCA., Secc. Tercera, diciembre 04 de 2007, Exp. 16894, C. P. Dr. Enrique Gil Botero.

¹¹⁰ CONSEJO DE ESTADO., SCA., Secc. Tercera, octubre 11 de 1990, Exp. 5737, C. P. Dr. Gustavo de Greiff Restrepo.

normal de transporte en inmediaciones de la Universidad Nacional, fue abordado por dos sujetos que obligaron a descender a los usuarios del mismo, para con posterioridad incinerar el automotor. En esta sentencia, el Consejo de Estado no sólo optó por una graduación de la posición de garante del Estado, sino que, además, asumió una posición contradictoria respecto del aviso que debe presentarse a las autoridades públicas para la subsecuente protección sobre el particular. El Alto Tribunal desvirtuó la existencia de falta en el servicio, manifestando: «Cuando se trata de la falla del servicio originada en la omisión por la administración en la prestación de un servicio o en el cumplimiento de una obligación impuesta por la ley o los reglamentos, es necesario que aparezca demostrado no sólo que se pidió concretamente la protección, o la vigilancia de la autoridad ante determinado hecho ilícito que puede causar o está causando un daño o que las circunstancias que rodeaban el hecho o las personas en él involucradas imponían una especial protección o vigilancia y que tal protección no se prestó».

Aquí, además de una ostensible contradicción en la extensión de la función administrativa, esto es, la observancia en el cumplimiento de los fines estatales – art. 2 C. N. – por parte de la Administración Pública, que se hace presente en la determinación de ¿si para decretar la falla del servicio es necesario la mediación de una solicitud de protección o no, elevada ante las autoridades que ejercen tal función?, se hace perceptible también, el concepto mismo de razones protegidas para decretar la falta del servicio.

Estas razones protegidas son buenas razones para declarar la falla del servicio, pero no toda razón protegida es de por sí una razón excluyente, y no toda razón protegida es óbice para decretar la presencia de falla del servicio en un supuesto materializado o acto administrativo. Argumento *a simili*, se presenta cuando considerada la obligación estatal, esta se relativiza por las consideraciones materiales del caso, supuesto así, el *principio de la relatividad de la falla del servicio*. Si, observada la actitud contraria al estándar de cuidado debido, la falla del servicio no surge, entonces la razón protegida considerada en un precedente judicial, se tiene por no adecuada para el caso presente. Opera en ese sentido, un segundo tipo de razones excluyentes, permítaseme llamarlas «razones excluyentes de veracidad», que operan tanto para determinar una falla del servicio, como también para descartarla, aunque la obligación estatal no haya sido saturada. Estas últimas, son razones excluyentes de veracidad porque, aunque existiendo una obligación administrativa – razón excluyente –, ésta es menguada por la petición de posibilidad que surge de la relación proceder-recursos disponibles.

Sin embargo, toda razón excluyente positiva supone la inserción de una razón protegida, de allí que la falla del servicio no pueda ser evidenciada si no existe un sustento legal o un basamento jurisprudencial, además de una evidente historia institucional que considere un hecho dado como producto de la ausencia de diligencia y cuidado en el cumplimiento del fin en cabeza de la autoridad pública que actuó *per incuriam*. Que los precedentes cambian, y que la ley admite diversas interpretaciones, sí, pero no por eso deja de ser una razón protegida, si el cambio en los precedentes cuanto también la interpretación es producto de un fiat que el derecho permite.

Siendo así las cosas, la declaratoria de falla del servicio en la función administrativa deberá contener, además de una razón excluyente, esto es, un estándar de cuidado debido preexistente que evidencie la obligación en manos de la Administración Pública en cada caso concreto, una razón protegida que evidencie en la historia institucional las conductas que pueden o no ser cualificadas como ausencia a los deberes que el Estado se encuentra obligado a cumplir. En este sentido, toda razón excluyente es una presupuesto legislativo que evidencia en sí mismo, el derecho positivo al cual se sujeta la prestación del servicio en manos de una autoridad pública, y toda razón protegida es una razón que presupuesta la acción excluyente, se evidencia como una razón ostensible, esto es, siguiendo a Wittgenstein, «una regla del uso de la palabra»^{111, 112}, donde toda falla del servicio, es de por sí, en el actual estado de la jurisprudencia, una comparación entre el caso *in concreto* y sentencias con similares supuestos de hecho que configuran una coherencia expresa.

De ahí que, la constancia en las razones protegidas y la existencia de una razón excluyente para decretar la falla del servicio, sea una petición constante de la justicia formal, que puede ejemplificarse con las palabras de Dworkin, quien manifiesta: «Las doctrinas de la supremacía legislativa y del precedente, cada una a su manera, tienden a respetar el *statu quo*, pero no hacen de ello un mandato. Los jueces, sin embargo, no son libres de elegir y escoger entre los principios y las directrices que constituyen estas doctrinas; si lo fueran, tampoco podría decirse que ninguna norma fuese obligatoria»¹¹³.

Las razones excluyentes y las razones protegidas evitan de esa forma una justificación *post hoc* de un nuevo contenido obligacional de la administración, pues suponen una constancia en las decisiones políticas previas, esto es, precedentes, y además una sujeción a la ley. Sin embargo, las razones personales siempre presentes, imposibilitan una objetividad manifiesta en la apreciación de la falla del servicio. Tal cual sostiene, Ilya Prigogine: «... ¿Cómo concebir la creatividad humana o cómo pensar la ética en un mundo determinista? La interrogante traduce una tensión profunda en el seno de nuestra tradición, la que a la vez pretende promover un saber objetivo y afirmar el ideal humanista de responsabilidad y libertad. Democracia y ciencia moderna son ambas heredadas de la misma historia, pero esa historia llevaría a una contradicción si las ciencias hicieran triunfar una

¹¹¹ WITTGENSTEIN. Op. cit. p. 39.

¹¹² En otrora Wittgenstein había hablado ya de las «oraciones ostensivas», refiriendo: «Se podría, pues, decir: La definición ostensiva explica el uso — el significado — de la palabra cuando ya está claro qué papel debe jugar en general la palabra en el lenguaje. Así, cuando sé que otro me quiere explicar el nombre de un color, la explicación ostensiva, esto se llama ‘sepia’ me ayudará a entender la palabra.— Y esto puede decirse si no se olvida que ahora se originan todo tipo de cuestiones en relación con las palabras ‘saber’ o ‘estar claro’». (WITTGENSTEIN. Investigaciones Filosóficas. Op. cit. p. 14 y ss.).

¹¹³ DWORKIN. Los derechos en serio. Op. cit. p. 91 – 92.

concepción determinista de la naturaleza cuando la democracia encarna el ideal de sociedad libre»¹¹⁴.

Que las razones excluyentes y protegidas se pueden utilizar incluso para evitar la falla del servicio en las actuaciones administrativas, parece ser la razón de la Corte Constitucional, al inquirir, «(...) la discrecionalidad en cabeza de la administración no faculta al funcionario para imponer sus caprichos ni para incurrir en arbitrariedades: ella estriba en la posibilidad de apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción dentro de los límites fijados por la ley, uno de los cuales surge del fin que debe presidir toda actividad administrativa. En consecuencia un fin extraño a él es ilícito y susceptible de ser anulado y controvertido judicialmente... No debe confundirse lo arbitrario con lo discrecional. En lo arbitrario se expresa el capricho individual de quien ejerce el poder sin sujeción a la ley (...)»¹¹⁵, sin embargo, suponer que todo funcionario que ejerce la función administrativa las conoce y aplica en el desenvolvimiento de sus actuaciones, es tal vez ir demasiado lejos en la apreciación de las mismas, basta con observar la ingente cantidad de sentencias condenatorias contra el Estado.

2.1.2. El Principio de Relatividad de la «Falla del Servicio» como Límite a la Apreciación del Contenido Obligacional del Estado.

Existe una suerte de casos en que la función administrativa se relativiza por las circunstancias reales de la prestación del servicio, el contenido obligacional no alcanzado por la actuación administrativa no hace responsable al Estado, sino en razón de la relatividad de las obligaciones estatales se hace presente la imposibilidad de efectuarlo, superada así, la falla o falta del servicio en la actitud desplegada. La razón excluyente misma, esto es, el estándar de cuidado debido se observa menguado, ora por la imposibilidad material de cumplir con la obligación, ora por la cualificación jurídica propia de las obligaciones estatales, que no suponen obligaciones de resultado.

Esto imprime en el análisis, no solo una órbita jurídica, además una apreciación social, económica y posibilitadora en que el Estado ha actuado, para decretar una falla o falta del servicio. Cuando esto ocurre, el estándar de cuidado debido es inestable y la contracción o plasticidad del mismo resulta de la forma en que el juez observe, como causas presentes del incumplimiento obligacional por parte de la Administración Pública, en su interpretación de la actuación:

- La ausencia de plan en la actividad administrativa desplegada.
- La falta de optimización en la función administrativa avenida.

¹¹⁴ «Hoy creemos estar en un punto crucial de esa aventura, en el punto de partida de una nueva racionalidad que ya no identifica ciencia y certidumbre, probabilidad e ignorancia». (PRIGOGINE, Ilya. El fin de las certidumbres. Santiago: Andrés Bello, 1996. p. 14 – 15).

¹¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Bogotá D. C.: Agosto 1° de 1996. Sentencia C - 031 de 1995, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

- La falla en la ejecución adecuada de su plan.

Sin embargo, esto de por sí presupone problemas, y de nuevo la incorrección en la objetividad del concepto «falla en el servicio» se presenta evidente. Además, de razones excluyentes y protegidas que, en sí mismas, ofrecen una barrera para la apreciación de la falla del servicio en una dimensión jurídica, se necesita de una especie de austeridad axiológica que, observa el contenido valorativo de la función administrativa en contraste a las posibilidades económicas y sociales del país.

No existiendo una intuición moral unívoca que permita evidenciar siempre una censura inconcusa a la Administración por una actuación suya, el percance aviene irresoluble si los juicios personales subjetivos del juez resultan irrestrictos. Será necesario cierto tipo de consideraciones sobre la extensión de las funciones administrativas en función del derecho, este como producto holístico en consideración a las circunstancias particulares de una sociedad dada. Todo ordenamiento jurídico presupone – para utilizar una frase de Stammmer –, «un derecho natural de contenido variable»¹¹⁶, sin embargo, toda disposición jurídica encuentra su límite en la posibilidad fáctica de su realización. Concuera con lo referido, la manifestación del Consejo de Estado, al constatar: «La falla del servicio no puede predicarse de un Estado ideal. Para hablar de ella hay que tener en cuenta la realidad misma del país, el desarrollo, la amplitud y la cobertura de los servicios públicos. En otras palabras, la infraestructura de los mismos»¹¹⁷.

Observada así, la convención jurídica «falla del servicio» posee dos concepciones, una restrictiva y otra amplia. La primera, que equivale a la percepción real de la realización del servicio amalgamada a un análisis concreto. La segunda, amplia, que supone un juicio sobre el contenido material o acto administrativo desplegado por la Administración Pública acrisolada sólo por el contenido jurídico, sin circunspección alguna sobre la realidad connatural que se precipita en la función administrativa. La primera es tenida por causa suficiente y necesaria para decretar la falla en el servicio, la segunda, es desdeñada por evidenciar una imputación jurídica de contenido adverso a las obligaciones jurídicas que realmente recaen sobre la Administración. Así, respecto de la segunda concepción, el Consejo de Estado recalcitrantemente ha manifestado:

¹¹⁶ Expresión asimilada por Saleilles quien, procuraba la aceptación de un método histórico del derecho, el cual se refería al miramiento de las demandas presentadas y las leyes que sujetaban un contenido social en su interior. Al respecto, puede observarse: (ROSS. Op. cit. p. 98 y ss.).

¹¹⁷ Situación dentro de la cual, tras el olvido por fuerzas del desorden de una granada de uso privativa de las fuerzas armadas, la parte actora demandó a la Nación Colombiana – Ministerio de Defensa, por la muerte de tres menores de edad, supuesta la negligencia de la entidad demandada en el olvido del artefacto. Argumento que fue desestimado por el tribunal de primera instancia, y confirmado por el Tribunal de Cierre, al afirmar: «Tan en el plano ideal se sitúa la parte demandante que la falla del servicio ni siquiera la hace consistir en el hecho de que algún miembro de las fuerzas armadas hubiera dejado el artefacto explosivo abandonado, sino en el hecho, puro y simple, de que unos particulares no tenían por qué tener en su poder esa granada ya que ésta era del uso privativo de la autoridad militar». (CONSEJO DE ESTADO., SCA., Secc. Tercera, octubre 25 de 1991, Exp. 6680, C. P. Dr. Carlos Betancur Jaramillo).

«No podría pensarse, por lo demás, (...), que el Estado está obligado a responder por los perjuicios causados a los ciudadanos como consecuencia de la realización de cualquier delito. Si bien aquél tiene una función preventiva y sancionadora en relación con los hechos punibles, no puede concluirse, a partir de ello, que sea responsable de su comisión en todos los casos, ya que sólo pueden considerarse imputables a él cuando han tenido por causa la acción o la omisión de uno de sus agentes, como podría ocurrir con el delito de terrorismo, en aquellos eventos en los que, como sucedió en varios de los casos citados en la primera parte de estas consideraciones, la acción de los antisociales fue facilitada por la omisión en el cumplimiento de un deber concreto de la administración, o tuvo por causa la realización de un riesgo creado lícitamente por ésta, que tenía carácter excepcional o especial, en relación con quienes resultaron afectados»¹¹⁸.

Sin embargo, el límite que separa la concepción amplia de la falla del servicio, de su concepción restrictiva, aparece en ocasiones desvaída y desdibujada. Cuando esto ocurre, se sabe que el juicio *in concreto* engastado a la realidad de un sistema jurídico dado, sobre la cual se desarrolla la función administrativa aparece borroso, y admite sentencias en uno u otro sentido. Bien puede saberse la razón excluyente, esto es, la obligación administrativa a realizar, cuanto también su razón protegida, extractada de la historia institucional en un caso concreto de similares características, empero, el problema está en resolver el interrogante ¿qué, en un supuesto material o acto administrativo, situaciones reales consideradas, es exigible de la Administración como posible?, y tras esa pregunta, responder, ¿existe o no falla del servicio en tal supuesto?

El problema aparece así, cuando se supone que la interpretación de la obligación jurídica, cuanto también del derecho mismo, opera bajo la premisa usual y plurimencionada de justicia a las vista de una también pluralidad de valores jurídicos, es decir, la mejor interpretación de qué es posible exigirle a la Administración. Esto es de por sí, una interpretación unidimensional y personalísima de la respuesta qué es justicia para cada quien, particularmente, para el juez que sentencia un actuar administrativo.

Sin embargo, el grado que delimita la obligación jurídica arrogada a la Administración Pública en su función administrativa, equivale a la historia institucional que garantiza qué derechos son trasegados por un actuar suyo y qué derechos son reclamables por una actuación aviesa. Y eso es así, porque «... los derechos legales son aquellos que provienen de las decisiones políticas tomadas en el

¹¹⁸ Sentencia en la cual se analizo, bajo el *principio de la relatividad de la falla en el servicio*, el atentado terrorista propiciado contra la ciudadanía, por la explosión de un carro bomba en la ciudad de Cali. El Consejo de Estado denegó las pretensiones de la demanda, manifestando, «... en opinión de la Sala, tales daños no resultan imputables a la entidad demandada, razón por la cual las pretensiones formuladas no pueden prosperar. Porque por una parte, no existe evidencia de que el atentado hubiera sido causado por agentes del Estado. Por otra parte, no obra en el proceso prueba alguna de que dicho atentado hubiera ocurrido en circunstancias que permitan considerar que, a pesar de haber sido causado por personas ajenas a la administración, ésta deba asumir responsabilidad por los daños ocasionados como consecuencia del mismo». (CONSEJO DE ESTADO., SCA., Secc. Tercera, agosto 10 de 2000, Exp. 11585. C. P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez).

pasado, según la mejor interpretación acerca del significado de las mismas...»¹¹⁹. Luego, si la falla del servicio es, una actitud contraria a un actuar administrativo esperado que produce un daño antijurídico, el grado de la obligación administrativa que delimita qué es o no falla del servicio obedece a reglas jurídicas cuestionadas en el pasado, esto es, razones excluyentes.

Lo manifestado puede resultar arcano si se presupone de por sí, que el derecho supone una suerte de valores supraordenados que, sin consideración a la realidad sobre la cual se presta el servicio, obligan al Estado en su función administrativa. Al respecto, el Alto Tribunal Administrativo, insiste en que, «... dentro de la filosofía del Estado social de derecho no es posible responsabilizar al Estado Colombiano por todo tipo de falencias que las circunstancias de pobreza del país evidencian en multitud de casos 'pues el juez tiene que ser consciente de la realidad social en que vive, y no dejarse deslumbrar por el universo que tienen las palabras o conceptos políticos o jurídicos'...»¹²⁰.

En efecto, si se sabe que las obligaciones administrativas se encuentran menguadas por las circunstancias particulares del caso, y éstas obedecen a situaciones *sui generis* cuestionadas con anterioridad en la jurisprudencia del Consejo de Estado, se inquiere, al menos prístinamente que, toda actuación material o acto administrativo de una autoridad pública con similares supuestos de hecho sigue la suerte de la sentencia con la cual es cotejada. Sin embargo, cuando la conducta aparece como novedosa o el precedente que la contiene aparece obscuro, ya por la diversificación de tratamientos que ha tenido en la jurisprudencia misma, ya por la ausencia de frontera precisa de las circunstancias siempre cambiantes, será necesario indagar: ¿Qué exige el derecho, como subsistema social en su totalidad, de la Administración Pública en su función administrativa?

Considerar el alcance de las convenciones legales puede arrojar mayor irresolución al término «falla del servicio», argumentos personales en disputa sobre qué sea o no la misma. Sin embargo, habrá que considerar dos necesidades en tal apreciación: primariamente, ha de suponerse que, «... en realidad, el derecho es en sí mismo el modelo de justicia. Lo que se desvía de la previsión de una ley es injusto con relación a esa ley, aunque pueda ser justo con relación a otra ley de autoridad superior. Los términos *justo* e *injusto* implican un estándar de valoración y, por tanto, modelos de conformidad o disconformidad: de otro modo significarían simple desaprobación que estaría mucho

¹¹⁹ DWORKIN. El imperio de la justicia. Op. cit. 78 y ss.

¹²⁰ Sin embargo, aclaró que, «de allí no puede seguirse, como corolario obligado, que los daños que padecen los ciudadanos por vivir expuestos a situaciones de peligro permanente hayan de quedar siempre librados a la suerte de cada cual. En efecto, las implicaciones y el grado de compromiso que el Estado constitucional contemporáneo exige para todas las autoridades públicas supone un análisis de cada caso concreto en procura de indagar si la denominada falla del servicio relativa, libera a éstas de su eventual responsabilidad. Dicho en otros términos, no es aceptable que frente a situaciones concretas de peligro para los ciudadanos, estudiadas y diagnosticadas de vieja data, pueda invocarse una suerte de exoneración general por la tan socorrida, como real, deficiencia presupuestal» (CONSEJO DE ESTADO., SCA., Secc. Tercera, mayo 14 de 1998, Exp. 12175, C. P. Dr. Daniel Suárez Hernández).

mejor expresada con un gruñido o con un gemido, más que con este dañino y detestable abuso del lenguaje articulado»¹²¹.

Para con posterioridad constatar que, si la «falla en el servicio» ha de adquirir sentido, ese sentido sólo puede ofrecerlo el sistema jurídico como un todo, y este a su vez, encuentra sentido en el contexto social del cual es deudor y patrón público de comportamiento. Es cierto que el sentido del derecho como un todo es oscuro y escapa de las posibilidades humanas de una aprehensión total y ecuménica, empero, el término «falla o falta del servicio» como supuesta cualificación de una violación a un estándar de cuidado debido en manos de la Administración Pública, supone de por sí, un tratamiento coextensivo a las posibilidades reales del caso, y estas a su vez, reaccionan cualificadas como falta del servicio una vez instituidas por una decisión política previa, esto es, por una línea de jurisprudencia (de existir tal coherencia lineal), la cual en sí misma, es un intento interpretativo por alcanzar ese contenido moral que el derecho en integridad postula.

Luego, toda interpretación de la «falla del servicio» como criterio moralizador, ha de observar en el contenido jurisprudencial una idea misma de la moralidad del sistema, y esta deberá adecuarse a sus reconocidos postulados, los cuales se observan a través de las líneas jurisprudenciales patentes en las sentencias.

Si aparecen conductas siempre indeterminadas, entonces la falla del servicio deberá analizarse, consideraciones concretas realizadas, de acuerdo a la libre elección del juez que el ordenamiento jurídico como un todo permite por su ausencia de frontera precisa, es decir, por la indeterminabilidad siempre presente de sus convenciones jurídicas. Si la falla o falta del servicio aparece así, desdibujada, el tratamiento subsecuente dado a la misma precisara con mayor certidumbre el alcance de las obligaciones estatales en un supuesto de hecho comparable por similares características. No se presupone así, el «prejuicio de pureza cristalina»¹²² de los conceptos que reprobaba Wittgenstein, pero sí se precisa que, en un caso de símil configuración la falla o falta del servicio operara de la misma forma en que se presenta con equivalentes consideraciones. Sin embargo, cuando la falla en el servicio no ha sido analizada con anterioridad o la misma aparece borrosa en una línea jurisprudencial, la elección que efectuó el funcionario escapa de una consideración correcta o incorrecta, ésta, en sí misma será tomada por correcta u obviada por una línea jurisprudencial diversificada. Lo que hace de las consideraciones sobre la existencia o no de una falla del servicio en un supuesto material o acto administrativo razones protegidas, es decir, presupuestos indispensables para decretar la anomalía en la prestación del servicio, es que, las razones

¹²¹ Así, el utilitarismo moral inglés de la boca de John Austin, sostenía: «El tipo más simple que se sitúa en la tribuna del jurado, la más ingenua anciana que es llamada a prestar testimonio, hablarán de manera elegante sobre la equidad o la justicia: la justicia o la equidad del caso concreto, las imperiosas exigencias de la justicia, los simples dictados de la equidad. Olvidan que están allí para hacer cumplir el *derecho del país* (*the law of the land*), de lo contrario no administran esa justicia y esa equidad que es la única que les concierne inmediatamente». (AUSTIN, John. El objeto de la jurisprudencia. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 193 – 195).

¹²² APEL. Op. cit. p. 111 – 148.

aunque nunca determinadas del todo mantengan su constancia en el tiempo y justifiquen la falla en el servicio en actuaciones administrativas futuras.

Puesto que, el Derecho es justo en sí mismo, y la justicia como patrón de contrastación se evidencia en la interpretación jurisprudencial retrospectiva, es obvio que el alcance y contracción de las obligaciones administrativas resulta de las situaciones anteriormente enjuiciadas. La falla, en tanto criterio moralizador de la función administrativa, encuentra cierto límite en la historia interpretativa del derecho mismo, pero cuando esta aparece irresoluble, ora por la diversa posibilidad de respuestas en una línea jurisprudencial, ora por actividades materiales no contempladas, la respuesta en tanto que correcta, resulta de imposible aprehensión; el juego prospectivo de la misma interpretación, en tanto criterio moralizador, determinará si la respuesta puede o no ser considerada correcta en un supuesto de hecho subsiguiente, pero entre la conducta nueva no contemplada en una línea de validez judicial como «falla del servicio» y las conductas anteriores contempladas como falla del servicio existe siempre un menester, y es la presencia de un estándar de cuidado debido quebrantado¹²³, esto es, una razón excluyente. Lo ausente en ese sentido será, la razón protegida y su alcance, esto es, el motivo por el cual en una actuación material administrativa o acto administrativo existe falla o falta del servicio¹²⁴.

La falla en el servicio será inexistente cuando la actitud desplegada por la Administración Pública corresponda a la norma, y más concretamente a la interpretación de la norma que la jurisprudencia ha instituido. Por el contrario, la falla aparecerá evidente cuando el contenido de la actuación administrativa sea adverso al contenido esperado en la norma que predispone el débito obligacional estatal, y en ese sentido, el estándar de cuidado debido presupone los límites de la interpretación misma. Siendo necesario para la existencia de una falla en el servicio una regla que contrastada, evidencie la obligación estatal quebrantada con la actuación material o acto administrativo. Pero la conformidad o disconformidad con el juicio de valor personal del operador judicial que decreta la falla

¹²³ Si el derecho es un concepto interpretativo, y en tanto tal, un concepto abstracto, la concepción, así misma, permite presupuestos pasados que evidencien una conducta y presupuestos futuros que determinen por qué esa conducta debería ser enjuiciada. Así, el profesor Ronald M. Dworkin, sostiene, «La legislación (la práctica de reconocer como ley las decisiones explícitas de cuerpos especiales a los que se les reconoce dicho poder) es una parte prominente de nuestro paisaje legal y ninguna concepción puede ignorarla. De modo que cualquier concepción competente debe incluir una respuesta a la pregunta de por qué, como una cuestión de moralidad política, las decisiones del pasado de las instituciones legislativas deberían poseer el poder justificativo que la concepción les otorga. El precedente posee también un lugar prominente en nuestras prácticas: las decisiones del pasado de las cortes cuentan como fuentes de derechos legales. De modo que cualquier concepción competente debe proporcionar una respuesta a la pregunta de por qué una decisión judicial del pasado debe por sí proporcionar una razón para un uso similar de poder estatal a diferentes funcionarios en el futuro». (DWORKIN. El imperio de la justicia. Op. cit. p. 80 y ss.).

¹²⁴ Puesto que la propia indeterminación del derecho, supone, por su propio contenido social decisiones diversificadas, siempre que sea un contexto jurídico el que lo asienta, la indeterminación misma no es extraíble a toda cualificación posterior. Así, se sostiene: «Un hecho puede ser perfectamente determinado, al igual que el derecho, en la medida que es susceptible de serlo. La regla es conocida, y también la especie dada, como lo llamaban los juristas romanos; la dificultad está en subsumir los casos bajo la regla, en determinar no cuál es la ley o el hecho, sino si el derecho dado es aplicable a este hecho determinado». (AUSTIN. Op. cit. p. 210).

del servicio como criterio moralizador, no puede ir más allá del valor mismo que el derecho presupone, y en tanto tal, no corresponde a una moral terminada, sino en construcción¹²⁵.

Ahora bien, respecto de la precisión con que la Administración Pública cumple con los fines estatales de la cual su actuación se espera sea fructífera, el Consejo de Estado ha predispuesto, «... el mandato que impone la Carta Política en el artículo 2° inciso 2°, de que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencia y demás derechos y libertades (...), debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la administración en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espere que hubiese sido su actuación o intervención acorde con las circunstancias tales como disposición del personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra, etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera»¹²⁶.

La relatividad en las obligaciones arrogadas a la Administración Pública, permite evidenciar que no toda idea de justicia o cualesquier sistema moral presupone una respuesta posible para un problema jurídico dado, en especial en la apreciación de la falla del servicio que, de por sí presupone un juicio de control de la labor administrativa. Sin embargo, el juez no se constituye en un actor económico que observa el contenido patrimonial de la Administración sin sustento legal alguno¹²⁷. Lo cierto es que, si en un supuesto de hecho en el cual se inserta una actuación lesiva de la Administración, supuesta además, una falla en la organización del servicio, el juez cualifica primero la actitud desde un presupuesto jurídico y relativiza la decisión por las consideraciones parciales sobre la posibilidad en que se suscitó el servicio. Sin embargo, la apreciación de cada circunstancia que mengüe la obligación estatal – razones excluyentes de veracidad –, presupone un motivo para endilgar o desvirtuar la falla del servicio realmente difuso, y el acuerdo sobre el mismo sólo opera para el caso objeto de la circunstancia particular, salvo que se presente una actuación lesiva con similares características fácticas, supuesto en la relación proceder y recursos disponibles.

¹²⁵ En ese sentido, siempre ha sido claro que, el derecho en tanto orden coactivo – según la doctrina de la ciencia del derecho austriaco –, supone que: «En la medida en que las normas, que constituyen el fundamento de los juicios de valor, son establecidas por actos de voluntad humana y no por una voluntad sobrehumana, los valores que a través de ellas se constituyen son arbitrarios». (KELSEN. Op. cit. p. 31).

¹²⁶ CONSEJO DE ESTADO., SCA., Secc. Tercera, octubre 18 de 2007, Exp. 15528, C. P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

¹²⁷ Esta es, precisamente, la crítica de Enrique Barros a la teoría del Análisis Económico del Derecho que, observa en el juez un actor más de las transacciones voluntarias de mercado, en pro del *principio de maximización de la riqueza*. Así, sentencia: «En la práctica, con ello se resiente el principio de sujeción al derecho, porque todos los actores del sistema legal, incluidos los jueces, son llamados a actuar como reguladores, sin sujeción a una regla de derecho determinada. Es sintomático que los daños ya ocurridos sean para el análisis económico costos hundidos. En consecuencia, la solución óptima no mira hacia atrás, como ocurre con la regla de justicia que atiende a la relación entre la víctima y el autor del daño, sino hacia adelante, ideando la regulación que puede prevenir en un nivel óptimo los accidentes. El enfoque usual del análisis económico hace que el derecho de la responsabilidad devenga en una política pública de prevención de accidentes cuya ejecución queda esencialmente entregada a los jueces». (BARROS, Enrique. La responsabilidad civil como derecho privado. Notas sugeridas por la reseña de C. Rosenkrantz al tratado de responsabilidad extracontractual. Op. cit. p. 330).

2.2. LA «FALLA DEL SERVICIO» COMO CRITERIO MORALIZADOR.

Dos límites se han observado para la existencia de una «falla del servicio», supuesta una actitud material *ad itidicem*, el primero es, una necesidad jurídica manifestada en la preexistencia de una norma igualmente jurídica, la cual ha sido quebrantada por la actuación administrativa (razón excluyente). El segundo, implica la presencia de un motivo por el cual la actitud administrativa se considera lesiva y por tanto se cualifica como «falla del servicio», el cual obtiene su soporte en las diversas situaciones en que una conducta material ha sido cuestionada y observada como contraria al ordenamiento jurídico, esto es, la historia institucional que se observa a través de la constancia en las decisiones políticas previas – precedentes – (razón protegida).

Además, se ha extractado del tratamiento jurisprudencial un límite negativo a la declaratoria de «falla del servicio» en una actuación administrativa, el cual he llamado razones excluyentes de veracidad, que suponen el análisis de la relación proceder y recursos disponibles, y se ejemplifica perfectamente con el principio de la relatividad de la falla del servicio.

Sin embargo, la jurisprudencia y la ley positiva presuponen que, la declaratoria de falla en el servicio como una actitud contraria a las obligaciones estatales, observa además, ciertas reglas extrajurídicas que el mismo Estado Social de Derecho enaltece y demanda. Así, existe una razón adicional a la apreciación de la falla del servicio en la función administrativa, la cual no atiende ni a la jurisprudencia ni a la ley positiva, sino que se presupone la razón de existencia de las dos, cuanto también supone el alcance mismo de la función administrativa. En este sentido, se habla de presupuestos jurídicos no concluyentes. Sobre el particular, referiré los siguientes apartes.

2.2.1. Obligaciones Jurídicas Superiores en la Función Administrativa.

En sentencia de diciembre 04 de 2007¹²⁸, el Consejo de Estado utilizó la expresión «*obligaciones jurídicas superiores*», manifestando que, estas además son exigibles de la Administración Pública y que no sólo suponen obligaciones funcionales del Estado (poderes y deberes), sino que, «*son aquéllas que acompañan a la propia concepción del sistema jurídico político, constituyendo la expresión de sus postulados máximos, hasta tal punto que el propio ordenamiento equipara su revisión a la de todo el texto constitucional*»¹²⁹.

¹²⁸ Cfr. *supra*. p. 52 y ss.

¹²⁹ DE ASIS ROIG, Rafael. Deberes y obligaciones en la constitución. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991. p. 453. Citado por: CONSEJO DE ESTADO., SCA., Secc. Tercera, diciembre 04 de 2007, Exp. 16894, C. P. Dr. Enrique Gil Botero.

La Alta Corporación concluyo, que: «Esa es la razón que justifica la existencia de las autoridades, el proteger los bienes jurídicos de los asociados en los términos que los consagra el ordenamiento jurídico en su integridad»¹³⁰.

Si en la exigencia realizada a la Administración Pública, se sostiene además, de normas primarias de conducta debida, obligaciones superiores que no atienden a estas, sino que suponen su razón de existencia, entonces el contenido obligacional roto por la falla del servicio cae en el comprendido moral que el ordenamiento jurídico en sentido ecuménico presupone, esto es, la falla del servicio se constituye en la actitud contraria de una autoridad pública a la actividad esperada de la Administración, cuyo eje basilar no se cifra en normas positivas, sino en presupuestos extrajurídicos, principios jurídicos que el derecho como un presupuesto holístico enaltece.

El principio jurídico presupone un contenido moral en el contexto del derecho, éste como sistema que delimita el significado, sentido y alcance de ese juicio moral sobre la actividad administrativa desplegada, permite precisar a la falla del servicio como una impresión jurídica que se evidencia en la disconformidad entre la exigencia de la norma jurídica y el motivo por el cual la actuación ha acaecido, esto es, presupone una omisión donde jurídicamente se exige opere una acción, por ejemplo. Así, el mismo contexto jurídico supone que, no todo contenido moral impersonal o personal es de por sí, ostensible en la cualificación de la conducta. Sin embargo, el principio jurídico solo determina una parte de la interpretación y es, la orientación misma que esta debe seguir. Así, Karl Larenz manifestaba: «Los principios jurídicos son los pensamientos directores de una regulación jurídica existente o posible. En sí mismos no son todavía reglas susceptibles de aplicación, pero pueden transformarse en reglas. Cuando remiten a un contenido intelectual que conduce a una regulación, son principios 'materiales' aunque les falte todavía el carácter formal de proposiciones jurídicas, representado por la conexión entre un 'supuesto de hecho' y 'una consecuencia jurídica'. Los principios indican solo la dirección en la que está situada la regla que hay que encontrar»¹³¹.

Si se sabe que, el contexto jurídico determina o no la cualificación de la conducta administrativa como «falla del servicio», supuesto un análisis que evidencia la cualidad moral que el ordenamiento jurídico como un todo predispone, entonces la falla del servicio es, sin más, toda actuación material que contrastada con el contenido moral del sistema jurídico resulte aviesa. Sin embargo, el problema se cifra en la posibilidad del análisis mismo, y de la conclusión que de él se obtiene. Así, «Mientras no tengamos en claro qué práctica o juicio moral refleja el derecho, no podremos criticarlo con inteligencia; pero una vez aclarado esto, aun nos resta preguntarnos si tal práctica o juicio es

¹³⁰ Sostuvo, además que: «El deber u obligación de un buen gobierno en su aspecto general no es otra cosa que la resolución de las necesidades y pretensiones individuales, políticas, económicas, sociales y culturales, así como el establecimiento de las obligaciones propias de los individuos a él sometidos, teniendo como punto de apoyo el constituido por el respeto, en la libertad y la igualdad, la dignidad humana como expresión de la comunicación intersubjetiva. **Este deber no es sólo de protección sino también de promoción**». (PECES-BARBA, Gregorio. Los deberes fundamentales. En: Doxa. No. 4 (Alicante; p. 338)). Citado por: Ibíd.).

¹³¹ LARENZ, Karl. Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica. Madrid: Civitas, 1993. p. 32 -33.

sensato, o si está bien fundado o si es congruente con los otros principios a los cuales el derecho pretende servir»¹³².

Empero, el contenido moral mismo del sistema jurídico que, en un momento determinado evidencia la falla del servicio como una actuación material o acto administrativo contrario a la obligación funcional del Estado, no es observable sino a través de razones protegidas y razones excluyentes. Esto es, el contenido ético que, se evidencia en el ordenamiento jurídico obedece a una obligación consignada en una norma de derecho positivo y más concretamente a la interpretación jurisprudencial que de la norma se ha dado, esto, en razón del carácter pretoriano de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Si olvidada la historia institucional misma, el debate se sujeta a lo que cada juzgador estipula sea el contenido moral del sistema jurídico como un todo, se rompe el contenido concreto de la cualificación jurídica «falla del servicio», entrando en el campo de la subjetividad valorativa, y se olvida a ultranza que la eticidad misma del derecho equivale a una proposición histórica de las exigencias mismas del servicio. Toda actitud material implica un juicio de valor sobre la conducta desplegada, el juicio en cuanto tal, debe superar una coherencia expresa que, en sí misma, supone un intento por obliterar las impresiones subjetivas-individuales de contenido moral sobre la apreciación de la «falla del servicio»¹³³, esta opera como justificación moral que evidencia un tratamiento constante y continuo en dicha apreciación.

La razón excluyente, en tanto que interpretada y constante, no supone una sumersión del concepto falla del servicio en una teoría de la subjetividad de los valores¹³⁴, sino que presenta un camino que, si bien no está concluido, aspira a una conformidad moral de lo que es exigible en la función administrativa. Luego, toda conducta interpretativa contraria a una línea jurisprudencial que hace ostensible una percepción de la «falla del servicio», es a sí misma dudosa y presupone *a priori* un juicio subjetivo adversativo al concepto de falla adscrito.

Sin embargo, cuando existe un carácter dubitativo en la cualificación jurídica «falla del servicio» sobre una conducta material o acto administrativo, y el mismo, aparece de igual forma no delimitado como una conducta contraria o no a la lógica moral que el derecho presupone, haciendo de la línea jurisprudencial un patrón inverosímil para subsumir el caso concreto, la elección, en tanto moral, es

¹³² DWORKIN. Los derechos en serio. Op. cit. p. 52.

¹³³ Las *ratio decidendi* suponen un presupuesto igual al que evidencia la ética, en las confrontaciones valorativas de las entidades gramaticales: «bueno» y «malo». Así, Russel constataba, «... Si yo digo 'lo que yo deseo es bueno', mi vecino dirá, 'no, lo que yo deseo es bueno'. La ética es un intento – aunque no coronado por el éxito, según creo – de escapar a esta subjetividad». (RUSSELL. Op. cit. p. 142).

¹³⁴ Sobre la doctrina de la subjetividad de los valores, Bertrand Russell, sostiene: «Esta doctrina consiste en sostener que, si dos hombres difieren sobre los valores, no hay desacuerdo con respecto a ninguna clase de verdad, sino una diferencia de gusto. Si un hombre dice 'las ostras son buenas' y otro dice, 'yo pienso que son malas', reconocemos que no hay nada que argumentar sobre ello». (Ibíd. p. 146 y ss.).

una interpretación subjetiva de lo que la regla excluyente presupone, no obstante, el juicio en cuanto subjetivo, se encuentra restringido por un contexto normativo, esto es, la razón excluyente, es decir, la norma que evidencia el débito obligacional arrogado a el Estado en su función administrativa.

Pero además, el juicio moral, supuesto un análisis que observe el contenido moral que el ordenamiento jurídico ostente, posee un pretil insuperable, este es, el principio de la relatividad de la falla del servicio que, observado ante la imposibilidad económica no hace ostensible la falla del servicio, incluso si la actuación material se observa contraria al contenido moral jurídico que asiente el sistema, en tanto que estructura jurídica armónica.

Luego, el contenido moral subjetivo de una impresión personalísima posee una barricada insuperable, esta es, la moral que el derecho presupone como un todo, hecha presente por la historia institucional. Sin embargo, esta moral así misma instituida – y de difícil aprehensión – encuentra un límite inamovible en la relación proceder-recursos disponibles, y esta relación, en tanto razón protegida de veracidad, supone en sí misma, una elección que permite adscribir a una conducta material o no, la cualificación jurídica «falla del servicio».

Sin embargo, cuando de moralidad del sistema jurídico se trata, el juicio judicativo en la aprehensión de la falla del servicio sobre la función administrativa se presenta en un terreno escabroso y desnivelado, y una vez convocado puede conllevar a un desliz involuntario sobre una superficie resbaladiza. Así, ante una aparente razón moral que el derecho encumbra, la apreciación de la falla del servicio puede ser acrisolada sobre principios jurídicos e incluso directrices políticas y además puede caer en el terreno áspero de las lagunas en el derecho, suponiendo una laguna donde el sistema jurídico guarda silencio, o incluso, presentándose razones personales de moralidad política contrarias a una línea jurisprudencia y excedentaria de los principios jurídicos mismos. Será necesario precisar entonces, en las líneas subsiguientes qué implica cada término.

La laguna jurídica supone, lo que en el capítulo 1, se denomino indeterminación en la falla del servicio producto de la ausencia de frontera precisa del término. En tanto, que el término «falla o falla del servicio» es una convención jurídica abstracta, la inexactitud de su delimitación precisa resulta insuperable, de allí que esta no pueda ser ni objetiva ni objetivable. La laguna en ese sentido, permite en base a la pluralidad de significados de la expresión y de la también pluralidad de conductas materiales que se insertan en la misma, la elección en asiento a la norma jurídica que prevé las funciones administrativas de un sinnúmero de alternativas que finalizan con la respuesta a la pregunta: ¿existió falla del servicio en tal acto administrativo o en tal actuación material? Ahora bien, la indeterminación se mengua por la injerencia en el juicio de razones protegidas y razones excluyentes de veracidad, sin embargo, la indeterminación permanece y la apreciación de la falla del servicio no será una simple subsunción, sino un acuerdo entre la historia narrativa institucional que analógicamente trata casos similares y el juicio sobre la conducta material o acto administrativo presente.

Empero, la laguna jurídica no supone una directriz política, pues esta, es entendida como una aspiración política que presenta un «estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado;

generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (aunque algunos objetivos son negativos, en cuanto estipulan que algún rasgo actual ha de ser protegido de cambios adversos)»¹³⁵. Luego, la directriz política supone un estándar extrajurídico diverso al principio jurídico, éste como entidad moral presupone una coherencia expresa entre la conducta contraria al ordenamiento jurídico realizada por la Administración Pública y la historia narrativa institucional que habilita tal interpretación, por el contrario, la directriz política no expresa de por sí, tal coherencia y presenta un juicio moral particularmente tendencioso del juzgador por un objetivo político singular.

La laguna jurídica se presenta por la propia indeterminación del *statu iuris quo*¹³⁶ y la directriz política por contraste, obedece a lo que se espera sea el derecho, un deber ser prospectivo que puede o no ignorar la historia institucional, que se supone constante en el tratamiento de las obligaciones arrojadas a la Administración Pública. Sobre el particular, Alf Ross manifestaba, sobre la teoría de Zittelman acerca de las *lagunas en sentido impropio*, que estas operan «cuando en realidad la ley contiene una norma aplicable al caso, pero el juez no quiere aplicar dicha norma, porque considera que los resultados a que ello conduciría son insatisfactorios. Esto es lo que de hecho sucede en la mayoría de los casos en que se habla de la existencia de una laguna en la ley, y con ello, Zittelman ha venido a reconocer que normalmente este concepto posee un significado político»¹³⁷.

La «falla del servicio», en tanto término jurídico abstracto, lejos de la laguna que supone su propia indeterminación no admite juicio político o moralizador alguno, fuera del presupuesto arrojado en un la historia retroactiva y prospectiva de la justicia administrativa que, como se ha dicho, evidencia un intento por construir la interpretación de la moral que el sistema jurídico contiene, y

¹³⁵ DWORKIN. Los derechos en serio. Op. cit. p. 75.

¹³⁶ Sobre *Indeterminación y lagunas* el profesor Joseph Raz, en su síntesis de lo que él llama la *Tesis de las Fuentes*, manifiesta: «Las cuestiones de intención y significado pueden no tener ninguna respuesta. Puede ser que no sea ni verdadero ni falso que al hacer una observación una persona haya intentado insultar a su colega y, por tanto, también, no es ni verdadero ni falso que no lo hubiera intentado. De manera similar puede ser que no sea ni verdadero ni falso que esto sea una habitación o un vehículo de motor. Puede que no sea ni verdadero ni falso que tal hombre sea calvo. Cuando los hechos que son razones jurídicas son indeterminados, por vaguedad, textura abierta o cualquier otro factor, ciertos enunciados no son ni verdaderos ni falsos. (...). Tales lagunas dependen totalmente, y derivan, de enunciados ordinarios tales como enunciados sobre intenciones y lenguaje y no de enunciados particularmente jurídicos. La indeterminación de los hechos cotidianos ordinarios son los que generan las lagunas del derecho». (RAZ. Op. cit. p. 97 y ss.).

¹³⁷ Sin embargo, Ross no comparte que, la indeterminación implique una laguna. Así, considera en contra de la teoría de las *lagunas en sentido propio*, igualmente de Zittelman que: «En estos casos parece realmente posible hablar, desde un punto de vista jurídico-positivo, de que hay una laguna de la ley, en la medida en que es imposible aplicarla tal y como está actualmente configurada. Sin embargo, examinado con detalle, no es éste el caso. No es posible detectar una laguna en la ley partiendo de la propia ley. Esto significaría que el criterio para determinar la existencia de lagunas y el principio de existencia serían coincidentes, cosa que, conforme a la proposición de carácter necesario antes formulada, es imposible. Es decir, es imposible identificar un vacío en la ley como laguna sobre la base de la propia ley. El vacío no es discernible de la indeterminación abstracta de la ley». (ROSS. Op. cit. p. 411 y ss.).

subsecuentemente a través de razones excluyentes y protegidas, en base a ese juicio, reprobar la actitud administrativa contraria a dicho supuesto ético, esto es, cualificar la «falla del servicio».

Sin embargo, externamente de esa indeterminación no hay laguna alguna, y suponer que la hay para determinar una falla en el servicio en una actuación material o acto administrativo es, precisar la falla en el servicio sobre contenidos políticos y no jurídicos. Así, no es de recibo la afirmación de Fuchs, al manifestar: «El jurista nato, mediante su sentimiento jurídico (sensibilidad jurídica, sentido jurídico, conciencia jurídica), descubre siempre una laguna en el derecho positivo allí donde la inclusión bajo una norma no se aviene con el sentimiento de justicia o de equidad»¹³⁸. Siempre podrá preguntarse, qué es justo o equitativo. La respuesta a esto, no se inserta como el supone en una «talla espiritual y moral», sino en la perspectiva de razones excluyentes – estándares obligacionales sobre la administración – y razones protegidas – motivos institucionales de por qué es o no, una «falla del servicio» una actuación material o acto administrativo cualesquiera¹³⁹ –.

La única forma en que esto no sea así, y que pueda siempre preguntarse por un criterio moral en el análisis del derecho cuando de cualificar una conducta material o acto administrativo como falla del servicio se trata, sería presuponer la existencia de un principio moral que resulta evidente, y por ende, exigible a toda providencia que provenga del juez, esto además, permitiría contrastar toda falla del servicio con un juicio supraordenado, una necesidad de la *prima philosophia*, y establecerla como efectiva o no en cada caso particular.

Sin embargo, podríamos afirmar con certeza lo que Edmund Burke hacia ostensible como verdadero y asimilarlo: «Nada universal puede afirmarse racionalmente sobre algo político o moral. La abstracción puramente metafísica no entra en estas materias. Las líneas de la moral no son como las líneas ideales de las matemáticas; son anchas y profundas a la vez que largas. Admiten excepciones y exigen modificaciones. Esas excepciones y modificaciones no obedecen al procedimiento de la lógica, sino a las reglas de la prudencia. La prudencia es no sólo la primera de las virtudes políticas y morales, sino que es la directora, la reguladora y el modelo de todas ellas. La metafísica no puede existir sin definiciones, pero la prudencia es muy cauta para definir»¹⁴⁰.

¹³⁸ Asegurar esto, presupone una mayor irresolución al contenido de la falla en el servicio, puesto que, como contenido abstracto, no tiene líneas efectivamente precisas, ni gramaticales ni mucho menos valorativas. *Contrario Sensu*, este representante del derecho libre sostenía, «... esta ley, como toda ley, tiene lagunas. cada uno de sus párrafos tiene su límite allí donde su aplicación literal resulte inadecuada o irrazonable». (FUCHS, Ernst. *Gerechtigkeitswissenschaft. ausgewählte Schriften zur freirechtslehre*. Op. cit. p. 15).

¹³⁹ En ese sentido, manifestaba Hart, contra los representantes del *No Cognoscitivismo Ético* escandinavo, que: «... si examinamos de cerca la actividad del juez o del funcionario que castiga las desviaciones de las reglas jurídicas (o la de aquellos particulares que censuran o critican las desviaciones de las reglas no jurídicas), vemos que en esta actividad las reglas desempeñan un papel que dicha versión predictiva deja sin explicación alguna. Porque el juez, al castigar, toma a la regla como *guía* y a la transgresión como la *razón y justificación* del castigo al trasgresor». (HART. *El concepto de derecho*. Op. cit. p. 13).

¹⁴⁰ BURKE. Edmund. Llamado de los Nuevos Whigs a los Antiguos Whigs. En: Selección de Escritos Políticos. En: Centro de Estudios Públicos de Chile. No. 9 (1983); p. 147

2.3. EN EL CAMINO DE UNA NUEVA CONCEPCIÓN DE «FALLA EN EL SERVICIO»

Si como he sostenido a lo largo de este capítulo, la cualificación jurídica que recibe una actuación material o acto administrativo obedece a razones excluyentes que se evidencian en el tratamiento interpretativo de las obligaciones arrojadas en manos de la Administración Pública en su función administrativa, cuanto también a razones protegidas que presuponen un motivo constante, evidente en las diversas sentencias que cualifiquen la «falla del servicio» a iguales y diferentes conductas, resulta admisible suponer un concepto que de razón de la trascendencia de la jurisprudencia contenciosa de responsabilidad, empero, que no desconozca que toda interpretación realizada por esta supone un límite inquebrantable que es el estándar de cuidado debido, manifestado en las normas jurídicas constitucionales, la ley y los reglamentos que sujetan el actuar administrativo y que además, no soslaye los límites económicos y sociales que impiden la saturación de todas las obligaciones derivadas de la cláusula de «Estado Social de Derecho».

Así, me parece ostensible manifestar que:

La «Falla o Falta del Servicio» en la función administrativa es, toda actuación material o acto administrativo realizado por una Autoridad Pública que, previa consideración de la relación proceder-recursos disponibles, contrastada con una obligación legal pre-constituida al momento de la actuación, resulta contraria, siempre que la interpretación jurídico-institucional asienta en su carácter de conducta adversa a lo que el ordenamiento jurídico supone es el débito obligacional de la Administración Pública en sus actuaciones.

Sin embargo, el concepto resulta exiguo y no da cuenta de todas las posibles contingencias o eventualidades que pudiesen ocurrir, cuando – como se ha dicho – los casos contrastados en el pasado no dan cuenta del caso presente. En esta instancia, la línea de división entre el ejercicio circunscripto del *arbitrio judicis* y una discrecionalidad irrestricta sin sujeción a la ley no es aprehensible, y todo cuanto se pueda decir, no es más que una *anticipatio mentis*, es decir, juzgar pretextando con anticipación sobre un evento que escapa de aprehensión, que desconoce lo plausible en el tratamiento de la falla del servicio misma, esto es, su propia indeterminación y su imposible resolución objetiva.

Fuera del concepto quedan las providencias que deban observar la falla del servicio relativas a moralidad, racionalidad y constancia cuando la línea jurisprudencial que interpreta cada una de las obligaciones estatales no dé cuenta de una actitud contraria a la esperada, o cuando el motivo por el cual se evidencia la falla del servicio, esto es, la incuria en la actividad material o acto administrativo que se contraponen a la norma no pueda delimitarse ostensiblemente de la actividad contraria que evidencia la sujeción a la diligencia y cuidado debidos. Cuando esto ocurra el proceso sigue la línea de la elección y ésta, en cuanto decisión sujeta a observaciones futuras sobre si la conducta fue o no en realidad una falla en la prestación del servicio dependerá del grado de concordancia que encuentre el juicio individualmente emitido con las perspectivas colectivas que en un caso subsiguiente la analicen.

Sin embargo, adicionando a lo predispuesto en este capítulo, el concepto mismo permite adscribir ciertas reglas que hacen más patente la determinación de la falla del servicio, que observadas por correlato a las implicaciones de otros conceptos, por su rigidez no permiten tales formulaciones, pues implican siempre una respuesta cierta a un problema dado en la apreciación de la falla del servicio, por contraste a una obligación administrativa de carácter objetivo. Permítaseme referir las siguientes premisas incluidas de forma tácita en el concepto por mí adscrito:

i.- Toda falla del servicio evidencia una obligación constituida con anterioridad a la actitud administrativa desviada del ordenamiento jurídico, no es posible pues, amalgamar a una conducta una interpretación del estándar obligacional que escapa de su propia determinación. Pues esto implica de por sí una creación de derecho *ex post factum*, y con ello se rompe el principio democrático de separación de los poderes y se adscriben obligaciones administrativas de imposible sujeción, pues rompen con el principio de la obligación preexistente, manifestado en la seguridad jurídica.

A esto se refiere Leguina Villa, cuando sostiene: «Sería igualmente inimaginable un Estado de Derecho en el que tampoco rigiera el principio de legalidad (...), es decir, la sujeción de la administración pública, de los poderes públicos, del Poder Ejecutivo al imperio de la ley que expresa la voluntad general y manifiesta la supremacía del legislativo sobre el ejecutivo y, por tanto, nos dice qué poderes y qué potestades, en concreto, la administración puede ejercer y cuáles no, en virtud de los mandatos legales. Esto en resumen es el principio de legalidad. Sería inimaginable un Estado de Derecho que desconociera una singular protección a un elenco privilegiado de libertades pública, de derecho del hombre y del ciudadano. Y finalmente, sería inconcebible un Estado de Derecho en el que el Poder Ejecutivo estuviera sujeto a un intenso control judicial»¹⁴¹.

ii.- Las imputaciones de falla del servicio deben concordar con los presupuestos fácticos tenidos por determinantes en conductas similares en el pasado, salvo que la relación proceder-recursos disponibles evidencie un cambio violentamente brusco en el tratamiento de las situaciones reales de la prestación del servicio.

iii.- Toda interpretación de la falla del servicio como criterio moralizador, debe observarse en la historia institucional que evidencia un tratamiento continuo y constante sobre el tratamiento de la falla del servicio, o se supone que sea así. No es posible pues, dada la pluralidad de valoraciones subjetivas instalar un nuevo límite a la apreciación moral que sujeta la prestación del servicio. La

¹⁴¹ «Un Estado de Derecho debe comprender un sistema de garantía efectiva patrimonial, no sólo frente a los despojos expropiatorios que legítimamente el poder público puede realizar para llevar a cabo sus tareas en pos de la satisfacción eficaz de las necesidades colectivas, sino que dicha garantía debe también extenderse, sin la menor duda, a aquellos daños que voluntaria y, la mayor parte de las veces involuntariamente en el desenvolvimiento de sus quehaceres, el poder público causa a los ciudadanos, sea en relaciones contractuales o, como es el caso de nuestro análisis, en relaciones extracontractuales» (LEGUINA VILLA, Jesús. Origen y evolución de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado. En: La responsabilidad patrimonial del Estado. México: Instituto Nacional de Administración Pública, 2000. p. 2 y ss.).

cadena misma de validez moral se supone adscrita a la historia jurisprudencial que delimita la interpretación de los principios contenidos en normas legales y constitucionales.

Puesto que, la injerencia subjetiva de valores presupone mayor indeterminación, dada la ausencia de un criterio específico del bien o el mal funcionamiento en la prestación del servicio de carácter veraz. Obsérvese lo que sostenía Isaiah Berlin, al prescribir: «Lo que es evidente es que los valores pueden chocar; por eso es por lo que las civilizaciones son incompatibles. Puede haber incompatibilidad entre culturas o entre grupos de la misma cultura o entre usted y yo. Usted cree que siempre hay que decir la verdad, pase lo que pase; yo no, porque creo que a veces puede ser demasiado doloroso o demasiado destructivo. Podemos discutir nuestros puntos de vista, podemos intentar encontrar un terreno común, pero al final lo que usted persigue puede no ser compatible con los fines a los que yo considero que he consagrado mi vida. Los valores pueden muy bien chocar dentro de un mismo individuo; y eso no significa que unos hayan de ser verdaderos y otros falsos. La justicia, la justicia rigurosa, es para algunas personas un valor absoluto, pero no es compatible con lo que pueden ser para ellas valores no menos fundamentales (la piedad, la compasión) en ciertos casos concretos»¹⁴².

iv.- Toda aprehensión de la falla del servicio sobre conceptos extrajurídicos debe estar referida a principios jurídicos, en concordancia con la regla número III, y no puede en la interpretación misma presuponerse disposiciones jurídicas, esto es, la falla del servicio no puede observarse atendiendo a un principio u objetivo que escape de la regulación jurídica misma. Sin embargo, los principios jurídicos sólo presuponen una orientación acerca de la existencia o no de una falla en el servicio en la función administrativa, las declaraciones con base en los mismos, no pueden escapar de la interpretación jurisprudencial, simplemente la complementan¹⁴³.

¹⁴² En esa misma línea de razonamiento, Berlin esgrime: «Suponer que todos los valores pueden ponerse en los diferentes grados de una escala, de manera que no haga falta más que mirar a ésta para determinar cuál es el superior, me parece que es falsificar el conocimiento que tenemos de que los hombres son agentes libres, y representar las decisiones morales como operaciones que, en principio, pudieran realizar las reglas de cálculo. Decir, que en una última síntesis todo lo reconcilia, pero que es realizable, que el deber es interés, o que la libertad individual es democracia pura o un estado totalitario, es echar una manta metafísica bien sobre el autoengaño o sobre una hipocresía deliberada. Es más humano porque no priva a los hombres (en nombre de algún ideal remoto o incoherente –como les privan los que construyen sistemas–) de mucho de lo que han visto que les es indispensable para su vida como seres humanos que se transforman a sí mismo de manera imprevisible. En último término, los hombres eligen entre diferentes valores últimos, y eligen de esa manera porque su vida y su pensamiento están determinados por categorías y conceptos morales fundamentales que, por lo menos en grandes unidades de espacio y tiempo, son parte de su ser, de su pensamiento, y del sentido que tienen de su propia identidad; parte de lo cual les hace humanos». (BERLIN, Isaiah. La libertad compleja. En: Centro de Estudios Públicos de Chile. Vol. 80 (primavera. 2000); p. 358 – 360).

¹⁴³ En ese sentido, Dworkin, al igual que Larenz, constata que los principios difieren de las normas en que estos sólo expresan una dirección a la cual tiende la sentencia. Él manifiesta: «La diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión». Y más adelante, sintetiza: «Un principio como 'Nadie puede beneficiarse de su propio delito' no pretende

v.- Las lagunas en el derecho permiten una duplicidad de elecciones, bien determinar la falla del servicio en el evento material o acto administrativo, o por el contrario, no hacerla evidente, sin embargo, la aprehensión de la falla del servicio o de la diligencia y cuidado realizados que la desvirtúan, no debe superar el límite gramatical del estándar de cuidado debido. Esto implica que, toda falla del servicio supone una interpretación restrictiva y no una nueva creación de derecho, sin embargo, la elección es indeterminada en tanto supone la presencia o no de la falla del servicio, dada la propia indeterminación literal y axiológica que el derecho presenta.

Tal cual lo sostenía Ross al predisponer, «... desde el punto de vista teórico-jurídico, 'derecho ya existente' no significa otra cosa que el derecho que puede ser conocido a partir de fundamentos cognoscitivos ya dados, en este caso con la ley. (...). Por el contrario, donde termina el alcance de dicho principio y entran en acción las concreciones irracionales del juez, termina también la ley, y es aquí donde comienza el derecho de creación judicial»¹⁴⁴.

vi.- Toda declaración de falla del servicio debe mostrar una necesidad por pertenecer a la historia narrativa institucional de la cual supone escapa, o que bien por la indeterminación de los hechos supone crear una nueva línea jurisprudencial sobre el caso nuevo no regulado, pero en atención a la regla número V.

vii.- Las líneas jurisprudenciales que guían el criterio moralizador de la falla del servicio no pueden operar cambios bruscos, los mismos deberán operar con parsimonia y lentitud para evitar insuflar mayor indeterminación al término ya adscrito.

viii.- Toda línea moralizadora de la actuación jurisprudencial con bastión en la falla del servicio debe observar la relación proceder-recursos disponibles para evidenciar el alcance de la misma en la actuación material o acto administrativo sujeto a cualificación jurídica.

ix.- Se deben replantear los casos en que en el tribunal de cierre existen controversias o ambigüedades manifiestas a fin de consolidar una sola línea de decisión respecto de la presencia o no de fallas en el servicio. Si esto no resulta posible, entonces la indeterminación misma en un supuesto de hecho o acto administrativo al no estar consolidada, supone respuestas en uno u otro sentido con la misma validez jurídica, quedando al tribunal de cierre su resolución en cada caso concreto.

Bien observado el concepto de falla en el servicio aquí defendido, no es una prospectiva referida a lo que debería ser, pues esto sería implicar un juicio subjetivo sobre una institución que ya se

siquiera establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación. Más bien enuncia una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión en particular». (DWORKIN. Los derechos en serio. Op. cit. p. 74 – 76).

¹⁴⁴ Y más adelante, constata: «Se deduce de lo antedicho que toda interpretación que rebase el citado principio lógico-gramatical es creación de derecho. Sin embargo, tal interpretación, como es natural, sólo puede tener lugar dentro del sistema, esto es, sólo puede ser realizada por el juez o por cualquier otra autoridad competente para la 'aplicación del derecho' según su sistema». (ROSS. Op. cit. p. 406 y ss.).

encuentra en movimiento, sino una convención que permitiría evidenciar lo que sucede en el actual estado de cosas jurisprudencial. En cierto sentido es descriptivo y justificativo, sostiene que la falla del servicio puede obtener tanta plasticidad cuanto sea posible la extensión de su interpretación, cosa que efectivamente sucede, pero además, implica ciertas conductas tenidas por ciertas como exiguas si no atienden a esa característica elástica manifestada en su propio carácter abstracto. En ese sentido, rechaza el carácter observacional de la falla del servicio cifrado únicamente en la ley positiva y los principios jurídicos, si los mismos no se entienden como interpretaciones con pretensión de permanencia en las líneas de validez judicial, empero da cuenta de lo presupuesto por Chapus al sostener, «... hay que afirmar que la noción existe y expresa una realidad cierta, siendo posible definirla»¹⁴⁵.

¹⁴⁵ CHAPUS, René. Responsabilité publique es responsabilité privéé. Les influences reciproques des jurisprudences administrative et judiciari. Paris: LGDJ, 1957. p. 352. Citado por. HENAO. La noción de falla del servicio como violación de un contenido obligacional a cargo de una persona pública en el derecho colombiano y en el derecho francés”. Op. Cit. p. 60.

CONCLUSIONES

Ciertamente, es difícil trabajo condenar una idea altamente remontada sobre la más grande austeridad moral y jurídica; refutar las concepciones jurídicas tenidas por axiomas, o por verdades inconcusas no es empresa segura, mas cuando tales supuestos se encuentran encumbrados sobre diosas ideas que el espíritu humano solícita. Así, propender contra el cambio de una idea refractaria, se tiene, prístinamente como una ironía, a aquellos que lo intentan se les culpa de escépticos, hombres que desconocen el valor de lo existente, e incluso se los llama sínicos; la idea, aquella que desvirtúa las concepciones añosas e inveteradas, se tiene por absurda y violenta, y para quienes la escuchan resulta más fácil considerarla veleidosa e insustancial, retomando la vieja e ilusoria cultura jurídica.

No resulta pues, difícil sostener que la «falla en el servicio» es una convención jurídica objetiva, tal aserción parece ser la única forma de garantizar la seguridad jurídica, la justicia, la igualdad, y demás dogmas que las revoluciones pasadas han adscrito en las mentes presentes; sin embargo, garantizar esos dogmas conspicuos sin atender a la realidad, conlleva un gran costo. Craso error supone la creencia acrítica de una convención nunca determinada del todo¹⁴⁶, tras un lenguaje unilateral que todo lo obscurece.

La empresa que aquí se ha iniciado tiene por principio romper ese dogma en el determinismo de las conductas contrarias a las obligaciones arrojadas a la Administración Pública cifradas sobre un *quid* subjetivo, reconociendo que el término «falla en el servicio», en cuanto prescripción jurídica abstracta no es determinable, y sostener lo contrario no es más que una quimera, es asentir una verdad subjetiva y apócrifa que no refleja realidad alguna. Empero, aceptar que esto sea así, y que el *arbitrio judicis* en todos sus matices no puede ser diseminado de la apreciación de la falla en el servicio pareciere ciscar los principios y valores que se supone todo ordenamiento jurídico debe garantizar y la tesis que he propuesto puede ser observada con malquerencia y aversión.

Azuzados por esa realidad que escapa del determinismo, algunos autores – tal vez sin percatarse de ello – han remitido sus valoraciones sobre la falla en el servicio a viejas concepciones, empresas rotas que obscurecen la propia indeterminación del término e impiden su estudio. Intentos anteriores

¹⁴⁶ Tal era la posición crítica de Wittgenstein, al sostener: «Por otro lado, *nosotros*, en nuestras discusiones, comparamos constantemente el lenguaje con un cálculo que se realiza de acuerdo con reglas exactas. Es éste un modo muy unilateral de considerar el lenguaje. De hecho, nosotros usamos muy raramente el lenguaje como tal cálculo. Pues no sólo no pensamos en las reglas de utilización —definiciones, etc.— mientras estamos usando el lenguaje, sino que, cuando se nos pide que indiquemos tales reglas, en la mayoría de los casos no somos capaces de hacerlo. Somos incapaces de delimitar claramente los conceptos que utilizamos; y no porque no conozcamos su verdadera definición, sino porque no hay 'definición' verdadera de ellos. Suponer que *tiene que* haberla, sería como suponer que siempre que los niños juegan con una pelota juegan un juego según reglas estrictas». (WITTGENSTEIN. Cuadernos azul y marrón. Op. cit. p. 54).

a este trabajo presuponen formas de entender el término «falla en el servicio» y por correlato, su resolución absoluta. Sin embargo, sostengo que los mismos, en tanto presupuestos que desdibujan la propia esencia de la falla en el servicio, esto es, su ausencia de determinación absoluta, suponen una resolución fantástica y de difícil concreción.

Permítaseme recordar al Doctor Juan C. Henao, quien ha planteado que en la apreciación de la falla del servicio existen dos presupuestos: una simple subsunción, contrastando la norma jurídica o reglamento que especifica la calidad del servicio que debe surtir una Autoridad Pública en una actividad determinada, con la actuación contraria que configuraría la falla del servicio¹⁴⁷; y de otro lado, una creación de derecho – asintiendo en la idea de Paillet –, cuando no existe norma jurídica que determine diametralmente la conducta jurídica a realizar por la Administración¹⁴⁸.

Sin embargo, su propia definición de falla en el servicio obscurece tal resolución y presupone una mera tautología que encubre el hecho de que la creación en el tratamiento de tal convención no es más que el empleo irrestricto del *arbitrio iudicis*. Obsérvese que, para Henao la falla en el servicio es la «violación de un contenido obligacional»¹⁴⁹, luego si existe ultraje por parte de la Administración Pública de una norma de contenido cierto – aunque indeterminado – resulta ser una *contradictio in terminis* suponer que existe creación alguna. Lo que en este trabajo se ha sostenido, es la idea de que la propia indeterminación del término «falla en el servicio» impide su objetividad, pero que puede ser razonablemente limitada si su apreciación atiende a razones excluyentes (interpretación de las obligaciones administrativas) y razones protegidas (motivos por los cuales una actividad cualesquiera recibió el calificativo de «falla en el servicio» en una actividad material o acto administrativo pasado), lo cual no supone – desde luego – creación de derecho alguna.

Si la norma jurídica ya existe y esta presupone las obligaciones en manos de las Autoridades Públicas, lo indeterminado en el campo de la apreciación de la falla en el servicio es el grado con el

¹⁴⁷ En ese sentido sostiene que cuando las actuaciones de la Administración Pública han sido delimitadas por textos jurídicos: «El raciocinio del juez para llegar a calificar el actuar administrativo causante del perjuicio no será entonces complicado: debe solamente confrontar los hechos que causaron el perjuicio con las normas que los organizan, para deducir así la concordancia o discordancia de los hechos con las normas. En el evento de presentarse concordancia, no puede existir falla del servicio; al contrario, cuando dicha concordancia no se presenta, la falla del servicio debe ser declarada. Puesto que se parte del enunciado elemental en virtud del cual las normas jurídicas se promulgan para ser cumplidas, el juez, en el fondo, se vale para estos efectos de un principio general de interpretación expresado en el artículo 27 del C. C. colombiano, que no del francés, en virtud del cual, ‘cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu’». (HENA O. La noción de falla en el servicio como violación de un contenido obligacional a cargo de una persona pública en el derecho colombiano y en el derecho francés. Op. cit. p. 70).

¹⁴⁸ Manifiesta su asenso con tal doctrina, manifestando: «Paillet enuncia claramente esta metodología jurisprudencial: ‘colocado frente a un conjunto de reglas que, por numerosas que ellas sean, sólo alcanzan difícilmente a dominar la infinita variedad de hechos, la jurisdicción administrativa está obligada a realizar obra creadora para determinar en qué media la acción o la abstención de la ‘maquinaria administrativa’ ha, en una coyuntura específica, correspondido a aquello que debía ser’». (Ibíd. p. 76 y ss.)

¹⁴⁹ Ibíd. p. 114.

cual debe cumplirse con tales obligaciones, no se supone adscribir nuevas obligaciones sobre un estándar ya presupuesto, sino que se admite que en cada caso se delimite qué grado de cumplimiento está obligado a prever el Estado en sus actuaciones, y eso no es crear derecho.

Recuérdese a Dworkin, quien sostenía: «El concepto de discreción sólo es adecuado en un único tipo de contexto; cuando alguien está encargado de tomar decisiones sujetas a las normas establecidas por una autoridad determinada»¹⁵⁰. En ese sentido y bajo esa línea, resulta ilusorio y altamente peligroso arrogar en el juez la capacidad de crear derecho cuando de la falla en el servicio se trata, puesto que presupone hacer responsable a la Administración por una conducta que debía tener un grado de diligencia y cuidado que la Autoridad Pública misma, desconocía, o en su defecto, presupone contraer las obligaciones hasta el punto de evitar la reparación por equivalencia. No, la creación en derecho existe, pero presupone un contenido contrario a la norma jurídica, si la creación en derecho se refiere a la propia interpretación de un estándar que posee vaguedad, entonces simplemente se habla de una discrecionalidad restricta, y la creación, en cuanto tal, es inexistente, luego supone atenerse a un estándar ya creado con anterioridad.

Sólo es posible hablar de creación de derecho en la apreciación de la falla en el servicio en dos eventos: primero, cuando se supone que la norma jurídica debe ser complementada con una interpretación que desborda el contenido de esta, puesto que se obedece a un sistema social por fuera del ordenamiento jurídico, y el contraste de la conducta se realiza, no con la norma jurídica que estipula la ley positiva, sino con una norma que se encuentra sobre el sistema jurídico y que supone su razón de existencia. Llámese a este primer supuesto, la idea fecunda del *iusnaturalismo*¹⁵¹, corriente que concede que las normas jurídicas en cuanto tales no responden a ellas mismas, sino a un presupuesto inmanente de justicia de las cuales ellas dependen. Luego la creación en derecho, supone descubrir un contenido moral oculto que yace en la naturaleza o cualesquier otra fuente divina, pero que se encuentra por fuera del ordenamiento jurídico.

El percance con esta concepción, es que desnaturaliza la autoridad misma del derecho como patrón de conducta pública y prevé que cualquier moral puede entrar en contradicción con el derecho mismo, y éste debe ceder ante la primera, lo cual resulta imposible, pues en este trabajo se estableció que el derecho es justo en sí mismo, y que la apreciación de la falla en el servicio no puede desbordar el límite mismo de las obligaciones jurídicas ya existentes (razones excluyentes).

¹⁵⁰ Finalizando su aserción, con la metáfora: «La discrecionalidad como el agujero de una rosquilla no existe, a no ser como el área que deja abierta un círculo de restricciones que la rodea. Es por consiguiente un concepto relativo. Siempre tiene sentido preguntar: 'Discreción, ¿según qué normas?' o: 'Discreción, ¿según qué autoridad?'». (DWORKIN. Los derechos en serio. Op. cit. p. 83 – 84).

¹⁵¹ En ese sentido, puede observarse el conspicuo estudio de Alf Ross, referente a la diferencia existente entre *iuspositivismo*, por contraste al *iusnaturalismo*, donde manifiesta que el Derecho Natural posee su eje basilar en la creencia de no poder ser descrito exhaustivamente en términos empiristas, sino que presupone su resolución cifrada en «principios apriorísticos que trascienden el mundo de los sentidos». (ROSS. El concepto de validez y otros ensayos. Op. cit. p. 8 – 9).

Luego, la creación en derecho bajo esta línea es un abusivo ejercicio del *arbitrio judicis* encubierto bajo una moral inconstante y movediza.

Sin embargo, existe un segundo evento, pero el mismo es observado con aversión. Sostengo que la creación judicial en la apreciación de la falla en el servicio sólo puede operar en un sentido y es atribuyendo al *arbitrio judicis* un poder ilimitado. Si considerada la norma jurídica esta se desborda con la apreciación personal del juez, en tanto que supera el límite mismo de su apreciación¹⁵², entonces existe creación de derecho – indistintamente del móvil que dé comienzo a su génesis –. Pero entonces, la creación de derecho misma supone que el término falla en el servicio no presenta pretil alguno y ni siquiera las razones excluyentes y protegidas que he presupuesto sirven de sustento a su apreciación.

Estas son las únicas formas de crear derecho posible, fuera de ellos no existe más que interpretación, y en cuanto ejercicio que busca declarar el sentido de un texto dado, supone un límite restricto en la apreciación de la función administrativa, que observada evidencia la falla en el servicio como conducta contraria. Sin embargo, siendo consciente de la indeterminación del término en comento, resulta pues, una *anticipatio deorum* (una creencia esotérica y alquimista), presuponer que el juez en todos los casos no desborda el límite interpretativo de las disposiciones jurídicas positivas y los principios mismos, en la apreciación de la falla en el servicio. Si esto fuese así, entonces no habría irresolución, o de haberla los casos en que se haría presente serían mínimos, cosa que en varios eventos como se mostro en el capítulo 1 no ocurre.

Ahora bien, respecto de la tarea de subsunción que presenta Henao, esta parece tener un grado más de similitud con el concepto que en este trabajo he defendido, sin embargo, dada la indeterminación de la propia ley, la cual es presente, sino en todos los casos, en una medida es

¹⁵² Un caso conocido de este tipo de creación de derecho por el juez, es la interpretación del artículo 2356 del Código Civil Colombiano que estipula en su tenor literal una responsabilidad subjetiva, por el contrario a la interpretación jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia que observa en este artículo la posibilidad de insuflar una responsabilidad estricta, similar a la responsabilidad adscrita en el artículo 1384 del Código Civil francés por el hecho de las cosas. Sobre el particular se ha manifestado: «Esta interpretación jurisprudencial, sin embargo, es bastante criticable, pues nuestro art. 2356 del C. C. hace referencia expresa a la *malicia* o *negligencia*. Y esta calificación subjetiva, que exige el legislador del comportamiento del agente, nos impide hacer esta clase de interpretaciones que prescindan de la noción de culpa como condición para poner en cabeza del sujeto normativo la obligación de resarcir los perjuicios sufridos por la víctima». De lo cual se infiere que: «... el pretender fundar sobre el texto de nuestro artículo 2356 del C. C. un régimen especial de responsabilidad, equivalente al existente en el Derecho francés, es olvidar completamente las diferencias entre los dos textos legales. Y el pretender burlar la exigencia de la culpa, es contradecir de forma directa la disposición legal». (MANTILLA ESPINOSA. TERNERA BARRIOS. La interpretación *contra legem* del artículo 2356 del código civil colombiano. Op. cit. p. 217 y ss.). En otrora, el profesor Mantilla, preciso además, «... todas las teorías doctrinales utilizadas para justificar las decisiones jurisprudenciales en la materia sólo obtienen por resultado la deformación completa del significado de la palabra culpa. Así, dentro de esta óptica, la culpa, en materia de responsabilidad por las actividades peligrosas, quedó reducida a un simple cascaron vacío que sólo ha servido para disfrazar un verdadero régimen objetivo de indemnización de perjuicios, creado por la jurisprudencia contradiciendo abiertamente el texto del art. 2356 C. C.». (MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. La norma de indemnización de perjuicios causados por las actividades peligrosas (Art. 2356 C. C.)". En: Opinión Jurídica. Vol. 3 No. 6 (julio-diciembre. 2004); p.115).

indisgregable, y en tanto no se puede superar significa indeterminación en el alcance mismo de esa interpretación particular. Luego, puesto que no es posible para todos los casos un reglamento particular, Henao supera la perspectiva presuponiendo ilusoriamente una creación de derecho *praeter legem*, o encubre la creación de derecho como un presupuesto mecánico de interpretación¹⁵³.

En un sentido mucho más grave, se presenta la perspectiva de Oriol Mir Puigpelat¹⁵⁴, quien sostiene debe arrogarse en la responsabilidad extracontractual una legislación positiva que regule la actividad de la Administración Pública de forma delimitada y por el contrario a la perspectiva inveterada en España de una responsabilidad estricta, supone amalgamar el término falla en el servicio.

Parece pues, con esto no sólo dar la espalda a la evolución extracontractual jurisprudencial, sino un querer remontarse a ideas pasadas cuya fecundidad en la actualidad ha desaparecido¹⁵⁵. No es

¹⁵³ Este parece ser el sentido de Henao, cuando en una aserción posterior manifiesta: «Para determinar ‘aquello que debía ser (...) la maquinaria administrativa’, en el evento en el cual los textos no determinan por sí mismos si el hecho dañino es o no culposo, el juez debe hacer un análisis global de la actividad para encontrar el contenido de la obligación, para lo cual ha de indagar por el objeto y por la finalidad de dicha actividad. Aunque la diferencia entre el objeto y la finalidad de una actividad es difícil de establecer, ‘la imposibilidad de hacer la distinción no puede erigirse en principio’. En efecto, de una parte, el objeto de la actividad, ‘es decir, el contenido de la competencia o de las competencias reconocidas por la ley a la administración’, se toma en cuenta por el juez cuando se centra en deducir hasta dónde va el ámbito de competencias otorgada a determinada persona pública. A su turno, el juez determina la obligación a partir del análisis de la finalidad de la actividad, cuando parte de ‘que las competencias y las atribuciones que pertenecen a las personas públicas sólo existen en relación con ciertos fines’, es decir, cuando teniendo en claro la competencia se pregunta por el alcance de la misma. Al analizar, entonces, el objeto, el esfuerzo de interpretación se centra en determinar cuáles son las competencias otorgadas a las personas públicas, mientras que cuando se analiza la finalidad la competencia atribuida a la persona pública en principio está claramente establecida, debiendo el juez realizar una segunda operación, consistente en determinar hasta dónde se puede predicar dicha finalidad» (HENAO. La noción de falla en el servicio como violación de un contenido obligacional a cargo de una persona pública en el derecho colombiano y en el derecho francés”. Op. cit. p. 76 – 77).

¹⁵⁴ Percepción evidenciada por el Doctor Ramiro Saavedra, quien en su análisis de los presupuestos instituidos por Mir Puigpelat relaciona sus más notables percepciones, de las cuales me parece adecuado destacar: «Los sistemas de responsabilidad civil de las Administraciones públicas tienden a ser, en los distintos países, demasiado *genéricos e indeterminados*. Entre ellos se encuentra el sistema español. Ello resulta inadmisibles porque significa dejar en las manos del juez el entero instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración con grave peligro para los principios democrático, de seguridad jurídica y de igualdad. Es más: el juez carece del tiempo –la información y la formación necesarios– para elaborar un sistema completo y coherente de responsabilidad patrimonial de la Administración. La Ley y el reglamento deben efectuar una regulación completa de la responsabilidad patrimonial de la Administración, lo suficientemente detallada y precisa para impedir que sea el juez quien, con total libertad, la configure. Es necesario, que la normatividad concrete los aspectos esenciales de los requisitos de la responsabilidad administrativa, no limitándose a enunciarlos. En contra de lo que se suele sostener, el Derecho de la responsabilidad civil de las Administraciones públicas debe dejar de ser un derecho pretoriano y volver a las manos de quienes tienen atribuida la potestad normativa. (SAAVEDRA. Op. cit. p. 721 – 726).

¹⁵⁵ Parece pues, que tal perspectiva nos condena a apreciar la falla en el servicio reconduciéndolo todo a la ley positiva, lo cual no implica mayor avance, si sólo por reminiscencia se trae a colación a las escuelas jurídicas del siglo XVIII. Recuérdese la aserción irónica de Ihering contra la jurisprudencia de conceptos al manifestar: «La mecánica jurídica ésta

posible pues, reducir todas las tareas imbricadas en la función administrativa a unos cuantos códigos de disposiciones jurídicas y de ser posible, nada específica el término de indeterminación en cada estándar jurídico que individualice cada actuación.

Sostuve pues, la idea que no es posible disgregar la indeterminación judicial del término falla en el servicio, pues el mismo en tanto estándar jurídico abstracto no puede ser reducido a unos cuantos casos y presuponer una analogía para los demás con base en paradigmas igualmente indeterminados, pero además, intente explicar que en tanto la línea divisoria entre la interpretación anterior de las obligaciones jurídicas y las interpretaciones posteriores que se surtan sobre nuevas o similares conductas, un concepto de falla en el servicio no puede suponerse de por sí inquebrantable y la inserción de un abusivo ejercicio del *arbitrio judicis* en su configuración resulta insuperable.

Por ello, aunque he adscrito el concepto de «falla en el servicio» en la función administrativa, como *«toda actuación material o acto administrativo realizado por una Autoridad Pública que, previa consideración de la relación proceder-recursos disponibles, contrastada con una obligación legal pre-constituida al momento de la actuación, resulta contraria, siempre que la interpretación jurídico-institucional asienta en su carácter de conducta adversa a lo que el ordenamiento jurídico supone es el débito obligacional de la Administración Pública en sus actuaciones»*, no resulta posible suponer que la misma se encuentra delimitada del todo, sólo que la cualificación jurídica deberá superar cierto pretil para saberse actuación contraria al ordenamiento jurídico. Supuse además, que en tanto la apreciación de la falla en el servicio atiende a una interpretación abierta a consideraciones personales, impersonales y axiológicas su resolución en primera medida deberá atender a presupuestos que la historia institucional ha evidenciado, pero las conductas nuevas, en tanto no determinadas, presuponen una interpretación restricta a las diversas circunstancias particulares de cada caso, lo cual supone obedecer a la apreciación probatoria, presupuestal y demás circunstancias que actúan en derredor del caso, y que presupuestas estas no es posible determinar para cada caso concreto con base en el concepto que he dado para la nueva conducta sí medió o no falla en el servicio en la actuación desplegada.

Ahora bien, atendiendo a la investigación realizada para llevar a cabo esta empresa, resulta evidente que cuando de indeterminación judicial en las actuaciones administrativas o actos administrativos se trata, y la cualificación jurídica obedece a la falla en el servicio, el problema no se resuelve únicamente evidenciando qué la falla en el servicio es, pues una vez presupuesta esta, aparecen ante nuestros espíritus otro tipo de estándares jurídicos que para la reparación por equivalencia deben ser observados por el juez para decretar la resarcibilidad estatal por mediar una responsabilidad administrativa en manos de las autoridades públicas.

Cuando de responsabilidad estatal se habla, la falla en el servicio ocupa un lugar privilegiado, pero presupone la injerencia de un daño antijurídico y una relación de causalidad entre la falla del servicio acaecida y el daño producido, qué sean daño antijurídico y como se determina la relación causa-

sometida á la misma ley que las otras: *reducción hasta donde sea posible de toda pérdida de fuerza por razonamiento*». (IHERING, Rudolf. La voluntad en la posesión. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1896. p. 133).

efecto suponen en sí mismas preguntas necesarias para un estudio ecuménico de la responsabilidad extracontractual subjetiva del Estado y de la apreciación de la falla en el servicio, sin embargo, estas sólo serán mencionadas, pues el examen mismo de su injerencia sobre la determinación de la falla en el servicio superan la línea de investigación que este trabajo supone.

En responsabilidad médica oficial, por ejemplo, en sentencia de junio 14 de 2001¹⁵⁶, el Alto Tribunal Administrativo predispuo que, «sólo aquellas fallas a las que pueda atribuirse la producción del daño tendrán relevancia para la demostración de dicha responsabilidad, de manera que la inversión del orden en el estudio de los elementos citados puede dar lugar a que la falta inicialmente probada resulte inocua, o a valorar indebidamente los resultados del examen de la conducta, teniendo por demostrado lo que no lo está»¹⁵⁷.

Resulta pues, necesario inquirir sobre la relación de causalidad entre la falla en la prestación del servicio y el daño antijurídico producido en tratándose de responsabilidad médico oficial, puesto que, la inversión o el desconocimiento de ese orden arroja mayor indeterminación a la apreciación de la falla en el servicio y surge un escollo mayor, puesto que de invertirse el orden el *arbitrio iudicis* puede determinar una falla en el servicio donde no ha existido ausencia de diligencia y cuidado por parte del médico tratante.

¹⁵⁶ Providencia en la cual se analizaba la falla en el servicio en la actividad desarrollada por el Instituto de Seguros Sociales, producto de una operación de cataratas con implantación de una lente intraocular de cámara anterior, que tras el recorrido de un año genero graves consecuencias para el paciente, requiriendo la extirpación del lente implantado para su restablecimiento físico. El Alto Tribunal Administrativo desestimo la falla en la prestación del servicio médico oficial, manifestando que: «Del material probatorio se concluye, que la práctica tardía de la cirugía filtrante, cuyo objetivo era tratar el glaucoma que presentaba el paciente, tuvo importante injerencia en la producción del daño definitivo sufrido por éste. Y si bien no puede establecerse con certeza que la tardanza sea imputable a la víctima, o al hecho de terceras personas, es claro que en ello no tuvo participación alguna la entidad demandada. Con fundamento en todo lo anterior, se tiene que no está demostrada la responsabilidad de la entidad demandada, situación que impide el análisis de la posible responsabilidad del médico llamado en garantía». (CONSEJO DE ESTADO., SCA., Secc. Tercera, junio 14 de 2001. Exp. 11901, C. P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Citado por: HERNÁNDEZ; FRANCO GOMÉZ. Op. cit. p. 641 – 642).

¹⁵⁷ Igual tratamiento se sostuvo en sentencia de octubre 07 de 1999, dentro de la cual se inquiría por la conducta desplegada por el Instituto de Seguros Sociales con sede en Medellín, respecto de la falla en la prestación del servicio médico oficial prestada a un paciente que había sido objeto de un accidente en motocicleta, y tras determinar la necesidad de una tomografía axial computarizada (TAC), la misma no fue realizada, adscribiendo en diversos escritos contenidos al interior de la historia clínica la ausencia del examen. Tras cincuenta horas, momento en el cual se realiza la última solicitud de la TAC, el paciente fallece. El Consejo de Estado manifestó en esa ocasión, respecto del previo examen de la relación de causalidad a el de falla en el servicio, que: «Lo que interesa para los efectos de resarcimiento y, naturalmente, de la estructuración de la responsabilidad es, ante todo, la posibilidad de imputación o reconducción del evento dañoso al patrimonio de quien se califica preliminarmente de responsable; esto ha de aparecer acreditado cabalmente, para no descender inoficiosamente al análisis culpabilístico, que en esta materia cumple la función primordial de abrirle paso a la exoneración o, eventualmente, a la atenuación de responsabilidad. La atenuación en el entendimiento que el daño puede haber sido causado por el médico pero frente al cual éste puede exonerarse cuando acredita diligencia y cuidado; la carga probatoria, las más de las veces, la soporta el galeno». (CONSEJO DE ESTADO. SCA., Secc. Tercera, octubre 07 de 1999. Exp. 12655, C. P. Dra. María Elena Giraldo Gómez).

En esa línea de razonamiento, se manifiesta: «Así, se previene al juzgador sobre el peligro que implica la utilización de una metodología consistente en abordar inicialmente el análisis de la falla del servicio y, en segundo lugar, del nexo de causalidad, dado que, una vez establecida aquélla, es muy fácil incurrir en el error de considerar demostrada la relación de causalidad, obviando el análisis de este importante elemento de la responsabilidad y dejando de lado, por consiguiente, el establecimiento del daño. El riesgo será mayor si se trata de aplicar la presunción de la falla del servicio»¹⁵⁸.

Surge pues aquí un primer percance o problema, y es la gran gama de posibilidades que el juez debe apreciar para el tratamiento conspicuo y exacto de la relación de causalidad. Existen diversas teorías y las mismas no parecen demostrar en todos los casos una relación causa-efecto inconcusa que determine eficazmente que el daño se ha producido por la actuación administrativa. La falla en el servicio aparece pues, en este sentido, desdibujada. Al respecto, Michel Paillet sostenía, «... resulta para el juez administrativo una gran libertad en el manejo de la causalidad, pues la apreciación del carácter determinante de un hecho imputable a la Administración sobre la producción del perjuicio cuya reparación le es deprecada no tiene nada mecánico: la causalidad en materia de responsabilidad no es sino un lejano reflejo de la relación de causa-efecto que postulan sin éxito semejante las ciencias llamadas exactas. A esta incertidumbre se agrega la que producen ciertas circunstancias perturbadoras del vínculo de causalidad (o susceptible de provocar la no imputabilidad del hecho dañino porque ellas son extrañas al demandado en responsabilidad y por lo mismo apropiadas para exonerarlo...)»¹⁵⁹.

Sobre el particular, puede observarse en la teoría de la causalidad adecuada la existencia de un salto lógico en la apreciación de la causalidad misma, lo cual impide su certitud absoluta. Al respecto, se ha manifestado, con un bonísimo ejemplo que: «Se encuentra una persona muerta con

¹⁵⁸ HERNÁNDEZ; FRANCO GOMÉZ. Op. cit. p. 642.

¹⁵⁹ Paillet describe entre las teorías adscritas al análisis judicial de la relación causa-efecto, s. a., «la denominada de la *causa próxima* o del último antecedente, según la cual se tiene como causa del daño el hecho que cronológicamente es el más próximo. Se ha visto sin duda que la proximidad temporal puede jugar un papel en la admisión del vínculo de causalidad, pero el juez no se detiene forzosamente en el último acontecimiento sobrevenido antes de la intervención del daño, pues él no se impide de ninguna manera remontarse más allá de la cadena de las responsabilidades». También se menciona, «... la teoría de la equivalencia de las condiciones. Según ésta la causa del daño residiría en cada una de las condiciones necesarias para su realización, en donde todos esos factores se consideran como indispensables para su acaecimiento. La consecuencia de esta aproximación es la de poner sobre un mismo plano todos los elementos que han concurrido necesariamente a la producción del daño, sin que haya lugar a jerarquizarlos o seleccionarlos. Sin embargo, no puede decirse que el juez administrativo haya hecho realmente suya esta teoría, como lo demuestra, por ejemplo, la sentencia Montreer, pues la expedición irregular de un salvoconducto para portar armas no se considera causa de la muerte aunque él haya podido jugar algún papel en su comisión». Y por supuesto, la «... causalidad adecuada, concepción aludida por el comisario de gobierno, Galmot, en sus conclusiones sobre el asunto Marais, que proponía tomar como causa del daño 'el acontecimiento que al momento en que se produce comporta en sí normalmente el daño'. Con esta modalidad de razonamiento el juez es conducido a cernir entre el conjunto de los antecedentes del daño para retener solo aquellos que, respecto del curso normal de las cosas, debían provocarlo lógicamente: se hace pues referencia a la normalidad y la verosimilitud». (PAILLET. Op. cit. p. 91 – 92).

el cuello roto al pie de la escalera. La luz de la escalera estaba malograda. Entonces demandan al propietario del edificio, porque si hubiera habido luz no se habría caído la persona. Pero, ¿cómo se sabe que no lo empujaron o que no se tropezó o que existe otra causa distinta? Sin embargo, la Corte lo hizo responsable porque normalmente dejar las luces malogradas produce un incremento de posibilidades de que se dé ese tipo de daño, ello aunque no estemos totalmente seguros de si fue en última instancia la causa. El juez encuentra que ya no puede ir más allá en su esfuerzo probatorio, pero su intención le indica que es muy probable que esa haya sido la causa del accidente»¹⁶⁰.

Esto pues, resulta ser un *intrinsicus* más para la apreciación de la falla en el servicio en las actuaciones médicas oficiales, no sólo la ausencia de certitud en la relación de causalidad, sino la presencia de un supuesto que dadas las particularidades propias del país impide llevar a cabo este trabajo de forma célebre y con la mayor perfección. Al respecto, Bullard González manifiesta: «Cuando estamos con un Poder Judicial que tiene pocos recursos, quizás es mejor flexibilizar aún más este concepto de causalidad adecuada y hacer saltos un poco más largos, porque nos cuesta mucho más acercarnos a la causa real del accidente»¹⁶¹.

Surge además del mencionado inconveniente con la relación causa-efecto, un problema asociado directamente con el daño antijurídico, puesto que el análisis de éste desplaza a un segundo plano el estudio posterior de la presencia de una falla en el servicio. Así, en sentencia de abril 16 de 2009, el Alto Tribunal Administrativo, sostuvo que, «... el primer aspecto a estudiar en los procesos de reparación directa es lo relativo a la existencia del daño, por cuanto si en el proceso no se logra establecer la ocurrencia de éste, se torna inútil cualquier otro análisis y juzgamiento»¹⁶².

Se ha manifestado que el daño antijurídico se constituye como una lesión que «el particular no tiene la obligación de soportar»^{163, 164}, sin embargo, esta precisión deja en manos del juez la delimitación

¹⁶⁰ «Se utiliza la causalidad adecuada de una manera distinta: se hace un 'salto'. Estamos en un extremo y cuando ya no nos alcanza la prueba saltamos y entonces establecemos un vínculo causal que no podemos demostrar plenamente». (BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. El sistema de responsabilidad civil extracontractual. En: Derecho y economía: El análisis económico de las instituciones legales". 2ª ed. Lima: Palestra editores, 2006. p. 729 y ss.).

¹⁶¹ *Ibíd.* p. 729.

¹⁶² CONSEJO DE ESTADO., SCA., Secc. Tercera, abril 16 de 2009. Exp. 28717, C. P. Dra. Myriam Guerrero de Escobar.

¹⁶³ Sobre ese supuesto, se ha manifestado: «... el daño antijurídico como primer elemento configurativo de la responsabilidad extracontractual del Estado, constituye la lesión a uno o a varios derechos, bienes o interés jurídicos, que la persona no está obligada a soportar». (CONSEJO DE ESTADO., SCA., Secc. Tercera, agosto 18 de 2009, Exp. 36849, C. P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez).

¹⁶⁴ Formulación inveterada e imbuida por la jurisprudencia española, con la diferencia substancial en la apreciación del daño, manifestada en que para el análisis de esta disposición jurídico en España el daño encuentra su regulación directa en la ley positiva, en Colombia, por contraste, la delimitación se encuentra inmersa en la apreciación judicial que del mismo se haga en un supuesto de hecho. Sobre el particular, el Tribunal Supremo Español, predispone: «... esa

substancial de qué sea daño antijurídico en cada caso particular, ora por su contenido abstracto, ora por la diversidad de presupuestos materiales o actos administrativos que puedan operar una lesión jurídicamente relevante, esto es, el daño antijurídico, y cuáles, aunque producen daños no reciben una relevancia jurídica dejando en manos de la víctima la reparación misma y no constituyendo *ergo* la responsabilidad de la Administración Pública.

Prístinamente, la Corte Constitucional manifestó que: «La noción de daño antijurídico es invariable cualquiera sea la clase (contractual o extracontractual) o el régimen de responsabilidad que se trate; consistirá en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar»¹⁶⁵, para con posterioridad aceptar el carácter abstracto del término, soportando que: «El daño antijurídico no tiene una definición constitucional expresa, por lo cual es un concepto parcialmente indeterminado, cuyos alcances pueden ser desarrollados, dentro de ciertos límites, por el legislador»¹⁶⁶, sin embargo, tal aspiración no ha sido realizada hasta el momento y la delimitación del daño antijurídico en cada actuación material o acto administrativo se encuentra en manos del juez contencioso administrativo¹⁶⁷.

Y esa apreciación interpretativa del daño antijurídico al igual que ocurre con la apreciación de la falla en el servicio, que no permite escindir del todo el abusivo ejercicio del *arbitrio judicis*, presupone de por sí un inconveniente mayor, relacionado directamente con la falla en el servicio, la cual se estudiara en otrora, supuesta primero la apreciación del daño. El doctor Ramiro Saavedra, preciso este inconveniente presente en la apreciación del daño antijurídico en la jurisprudencia española, manifestando que las críticas se establecen en que: «... el carácter ciertamente impreciso del concepto conduce a que, en buena media, su interpretación y aplicación se convierta en una cuestión puramente subjetiva del juez administrativo, lo que se traduce en reconocimientos indemnizatorios poco convincentes, y además, porque un sistema tal conspira gravemente contra el principio de seguridad jurídica ya que no permite tener casi nunca certeza de cuál será la solución judicial»¹⁶⁸.

responsabilidad patrimonial de la Administración se funda en el criterio objetivo de la lesión, concretando que sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo a la ley». (TRIBUNAL SUPREMO. España. Sala de lo Contencioso., Secc. Cuarta, diciembre 10 de 2009. STS: 7375/2009, P. Celsa Pico Lorenzo).

¹⁶⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Bogotá D. C.: febrero 1° de 2006. Sentencia C – 038 de 2006, M. P. Dr. Humberto Sierra Porto.

¹⁶⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Bogotá D. C.: agosto 1° de 1996. Sentencia C – 333 de 1996, M. P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁶⁷ Así lo constata la doctrina especializada en el tema, al referir: «Lo cierto sin embargo, es que hasta la fecha no se ha hecho ningún intento en el sentido sugerido por la Corte, y el peso de adecuación de la tarea ha recaído exclusivamente sobre la jurisprudencia». (SAAVEDRA. Op. cit. p. 601 – 602).

¹⁶⁸ *Ibíd.* p. 599 y ss.

En tanto se presente este intersticio, en el cual los estándares (daño antijurídico y relación de causalidad) que delimitan la responsabilidad estatal soporten un grado de indeterminación, no pueden denominarse objetivos sin más, dotarlos de tal calificativo supone desvirtuar todo el camino que el juez trasvasa al analizar la subsecuente resarcibilidad de la lesión producida por el actuar estatal en la función administrativa, derivando en un estudio oscurecido por los más celeberrimos principios jurídicos y morales, pero sin reciprocidad empírica, luego el estudio sin atención a la indeterminación de las disposiciones jurídicas, supone un estudio exiguo y desdibujado de la institución.

Para comprender la responsabilidad extracontractual pública no sólo deben analizarse las disposiciones jurídicas positivas (*s. l.* constitucionales, legales o reglamentarios), estándares no concluyentes (principios y disposiciones jurídicas), sino – en mayor medida – la propia perplejidad de los términos, y además, no marginar todas los presupuestos personalísimos con los que el juez cualifica una conducta (*s. a.* creencias morales, políticas e impersonales). Con esto no sólo se habrá logrado un mayor grado de precisión en la institución de responsabilidad estatal, sino que además, se presentarán con mayor perspicuidad los derechos trasegados con el actuar administrativo tras una actuación material o acto administrativo surtido por cualesquier Autoridad Pública en su función administrativa. Rechazar la injerencia, siempre presente del *arbitrio judicis* en sus diversas graduaciones es suponer un concepto cerrado en donde la propia imprecisión de los estándares jurídicos predispone su imposibilidad.

POSTFACIO

«El hombre no posee muy desarrollada la capacidad de pensar, y hasta el más espiritual y cultivado mira al mundo y a sí propio siempre a través del lente de fórmulas ingenuas, simplificadoras y engañosas»¹⁶⁹.

Herman Hesse.

«Existe un duelo constante entre el cielo y los intereses terrenos»¹⁷⁰.

Honoré de Balzac.

Ésta parte final del documento constituye más allá de una réplica, una concesión de la indeterminación que mi inadvertencia supone al interior del tema que el trabajo por mí propuesto intentó delimitar. Pues bien, concede que mi olvidadizo propósito es una coartada intelectual veleidosa y hueca, que presenta una información nebulosa y fragmentaria, que bien observada supone desacuerdos, vacíos propios en la determinación misma de los conceptos que he elaborado. Por ello resulta una estupenda constitución, a mi parecer, elaborar un capítulo adicional para tratar de explicar dos diversas contradicciones que mi fulgurante distracción presentó, y que el Doctor Javier Rincón S. en su calidad de jurado de éste trabajo ha hecho evidentes.

Siendo así, resulta sensato advertir que, dos diversos tipos de tácitas contrariedades mi propósito pudo suponer, referidos en principio a la:

α) Delimitación implícita de la *función administrativa* como presupuesto delusorio de la objetividad en la falla en el servicio, presupuesto igualmente espurio; cuanto también a la

β) Presión multiforme de que adolece el lenguaje a causa de su indeterminado dominio (e. g. ambigüedad, abstracción y ausencia de sentido concreto en cada caso¹⁷¹).

¹⁶⁹ HESSE, Herman. El lobo estepario. Colombia: Sion, 2007. p. 31.

¹⁷⁰ BALZAC, Honoré. Eugénie Grandet. Venezuela: Editorial Planeta, 2002. p. 7.

¹⁷¹ La Corte Constitucional ha predicado (con ayuda de las superlativas consideraciones del Doctor Genaro Carriö, propuestas en su libro *algunas consideraciones sobre las palabras de la ley*) sobre éste tipo de ineluctable problema suscrito sobre el lenguaje ordinario que, en tanto las normas jurídicas están dispuestas sobre el mismo, resulta, pues absurdo y contrario a toda creación racional, no considerar *ab intra* del sistema jurídico a las convenciones normativas, como presupuestos cuyo embarazo – atendiendo al estudio gramatical – implica considerar consecuentes las siguientes aserciones, referidas al contenido explícito de las mismas: «Se entiende que una expresión es 'ambigua' cuando "(...) puede tener distintos significados según los diferentes contextos en que vaya insertada, o bien que en una misma palabra puede tener distintos matices de significado en función de esos contextos diversos". Tal es el caso, por ejemplo, de expresiones como 'libertad' o 'autonomía'. Por otra parte, una expresión es *vaga* cuando "(...) el foco de significado

Los dos al no ser apercibidos previamente, suponen una indeterminación mayor en el concepto «funcionamiento anormal del servicio», y hacen de la empresa presente simple elucubración, si la misma no es resuelta en las líneas procedentes.

I. LA «FUNCIÓN ADMINISTRATIVA». CONJUNTO DE PRINCIPIOS JURÍDICOS QUE SUPONEN UNA ELUCIDACIÓN CONTRARIA A LA PRODUCCIÓN JUDICIAL DE LA «FALLA EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO».

El profesor Rincón ha expresado, con gran perspicuidad, que: «El título del Trabajo plantea un análisis sobre la responsabilidad extracontractual, 'el funcionamiento anormal del servicio' y la Función Administrativa. Sin embargo, a lo largo del trabajo no se advierte en ningún momento una definición base del concepto de Función Administrativa y por el contrario pareciera que para el autor esta función es equivalente a la función pública, lo que implica, en derecho colombiano, una imprecisión conceptual mayor. La Corte constitucional ha diferenciado las diferentes funciones y ha establecido de manera clara qué es una función administrativa. En este sentido, el autor del texto deberá precisar a qué se refiere cuando evoca la noción de función administrativa para evitar vacíos argumentativos en su trabajo».

Respecto de éste señalamiento, cabe aclarar que (en total acuerdo con el Dr. Rincón), he decidido utilizar la primera expresión por dos razones. No obstante, necesario será una previa disquisición respecto de la jurídica concepción de función administrativa:

i.- Concepto de Función Administrativa

Agustín Gordillo ha manifestado que, la función administrativa «... comprende toda la actividad de los órganos administrativos (centralizados o descentralizados) y también la actividad de los órganos legislativo y judiciales en la medida en que no se refiera a las funciones específicas de tales órganos»¹⁷². Por consiguiente, en un primer estadio, el término supone una estrecha delimitación del contenido de la empresa aquí elaborada, pues supone que la función administrativa opera sobre

es único y no plural ni parcelado, pero [su modo de empleo] hace que sea incierta o dudosa la inclusión de un hecho o de un objeto concreto dentro del campo de acción de ella". Este sería, por ejemplo, el caso de la expresión civil 'precio serio'; en ocasiones es fácil saber cuándo un precio es serio o no, pero en muchas otras no lo será tanto, esos casos difíciles, dice la doctrina, caerían en una 'zona de penumbra'. Finalmente, toda expresión, aunque no sea ambigua ni vaga, tiene una 'textura abierta', por lo que, eventualmente, puede perder sus atributos de precisión, enfrentándose a casos en el que su uso puede presentar "perplejidades o desconciertos legítimos". Tal es el caso, por ejemplo, de la expresión 'incesto', que si bien está clara y precisamente definida en la actualidad, se enfrentará a casos en los que su uso será polémico, como consecuencia de las nuevas tecnologías de reproducción». (CORTE CONSTITUCIONAL. Bogotá D. C.: Mayo 20 de 2009. Sentencia C – 350 de 2009, M. P. Dra. María Victoria Calle Correa).

¹⁷² GORDILLO, Agustín. Clasificación jurídica de la función administrativa. En: Tratado de derecho administrativo, 10ª Edición. Buenos Aires: F.D.A., 2009. Capítulo X. p. X-1 – X-2.

actos administrativos y operaciones materiales de las Autoridades Públicas, dejando de lado en éste análisis, el estudio referente a la falla en el servicio por error judicial y a la falla en el servicio presente en la actividad del Estado-Legislator.

Elucidados los primeros, esto es los actos administrativos, se presentan como: «... las decisiones, declaraciones o manifestaciones de voluntad, de conocimiento o de juicio; que hechos son las actuaciones materiales, las operaciones técnicas realizadas en ejercicio de la función administrativa. Si bien generalmente los hechos son ejecución de actos (en cuanto dan cumplimiento o ejecución material, a la decisión que el acto implica), ello no siempre es así y pueden presentarse actos que no son ejecutados, o hechos realizados sin una decisión previa formal. (...) puede afirmarse que el acto se caracteriza porque se manifiesta a través de declaraciones provenientes de la voluntad administrativa y dirigidas directamente al intelecto de los particulares a través de la palabra oral o escrita, o de signos en un contenido ideográfico (el gesto del agente de tránsito al elevar el brazo para detener el tránsito; las señales usuales de tránsito, tales como flechas, círculos, etc.); el hecho, en cambio, carece de sentido mental y constituye nada más que una actuación física o material»¹⁷³

Mientras que los hechos administrativos presuponen decisiones administrativas que no suponen en principio una decisión verbal previa, mas si una actuación que en principio no necesariamente encuentra *ab intra* una decisión de voluntad explícita, sin embargo, son perceptibles implícitamente a través de las operaciones administrativas hechas sensibles.

Es necesario advertir la adscripción constitucional de la función administrativa al interior del artículo 209, para su superlativa comprensión. Así, la Carta expresa:

«La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley».

De donde se desprenden, al decir de la Corte Constitucional, tres especies de diversos principios: *«principios finalísticos, funcionales y organizacionales. Entre los primeros (finalísticos), tenemos que la función administrativa propiamente dicha, se encuentra al servicio de los intereses generales del Estado; entre los funcionales se encuentran la igualdad, la moralidad, eficacia, economía, celeridad,*

¹⁷³ «... el acto administrativo es una declaración que se expresa, pero que queda allí nomás, como determinación, opinión o conocimiento: que no se ejecuta al exteriorizarse. No obsta a este concepto el que la idea contenida en la declaración se ejecute inmediatamente después de exteriorizarse; lo esencial es que pueda apreciar objetivamente una escisión, una separación conceptual y real entre a) la decisión, opinión, conocimiento, etc., por un lado y b) la ejecución de esa decisión por el otro; y esa separación surge de que la declaración sea conocida a través de datos simbólicos (palabra oral o escrita, signos convencionales, etc.) y no de datos reales». (Ibíd. p. X-2 y ss.).

imparcialidad y publicidad; y, por último, entre los organizacionales se hallan la descentralización, desconcentración y delegación de funciones»¹⁷⁴.

Ese contenido explícito, que implica que la función administrativa se establece en función del interés general (principio finalista), supone más allá de su delimitación, una suficiente ambigüedad con otro contenido que utiliza la misma disposición teleológica, éste no es otro que la función pública, el cual, en igual forma, se precipita con el propósito de garantizar un beneficio al interés general¹⁷⁵. Esto puede observarse, entre otras providencias, en la sentencia de Abril 04 de 2002 proferida por la Corte Constitucional, en donde, al parecer, función pública y función administrativa operan como designaciones gramaticales que expresan un mismo concepto, esto es, los presupuestos sobre los cuales las Autoridades Administrativas deben cumplir con los cometidos que las disposiciones jurídicas (reglamento, ley) y estándares no concluyentes (principios jurídicos) astringen a realizar en sus actuaciones materiales (hechos administrativos) y declaraciones convencionales unilaterales en ejercicio directo de función administrativa (actos administrativos). Asíéntaseme recordar, *v. gr.*, cuando se habla de las funciones asignadas a los particulares, en la expresión: «En ese marco de corresponsabilidad y de cooperación entre el Estado y los particulares la Constitución establece además la posibilidad de que éstos participen en el ejercicio de funciones públicas. Así, el artículo 123 señala que la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas, al tiempo que el artículo 210 constitucional señala que los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley»¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Afirmación presente en las sentencias: (CORTE CONSTITUCIONAL. Bogotá D. C.: Agosto 4 de 1996. Sentencia C – 561 de 1999, M. P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra) Cuanto también, al decir del Tribunal Constitucional, acerca del régimen sancionatorio de los servidores públicos que: «... pretende entonces regular las relaciones que se presentan entre éstos y la Administración, de modo que la función administrativa, que se encuentra al servicio de los intereses generales, se desarrolle en estricto cumplimiento de los principios de imparcialidad, celeridad, transparencia, eficacia y moralidad exigidos por el artículo 209 de la Constitución Política». (CORTE CONSTITUCIONAL. Bogotá. D. C.: Julio 11 de 1996. Sentencia C – 307 – 1996, M. P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa). Y al advertir, al igual que en otras providencias, que: «La organización y el funcionamiento de los municipios se desarrollará con arreglo a los postulados que rigen la función administrativa y regulan la conducta de los servidores públicos; y en especial, con sujeción a los principios de eficacia, eficiencia, publicidad y transparencia, moralidad, responsabilidad e imparcialidad» (CORTE CONSTITUCIONAL. Bogotá D. C. Sentencia C – 112 de 1996, M. P. Dr. Fabio Morón Díaz).

¹⁷⁵ Aserción que encuentra un ostensible fiat en las declaraciones que sobre el particular realiza la Corte Constitucional, como por ejemplo, al manifestar, respecto del Título XVIII (*De la Rama Judicial*): «... ‘función pública’ (art. 228), encarnación diáfana del principio del interés general que constituye esencial directriz para la convivencia social.

Desde esta perspectiva, es claro que la justicia, entendida como la resultante de la efectiva y recta mediación y resolución con carácter definitivo de los conflictos surgidos en el transcurso del devenir social, se mide en términos del referente social y no de uno de sus miembros». (CORTE CONSTITUCIONAL. Bogotá D. C.: Abril 29 de 1993. Sentencia C – 165 de 1993, M. P. Dr. Carlos Gaviria Díaz).

¹⁷⁶ En ésta providencia, la cual realiza una elucidación respecto de los artículos 17 y 18 de la Ley 678 de 2001, se trasvasa en ocasiones del contenido explanado por el Alto Tribunal Constitucional de función administrativa al contenido de función pública. Obsérvese por ejemplo, los siguientes apartes que paso a transcribir: «...*resulta claro que la asunción de funciones administrativas por los particulares es un fenómeno que, dentro del marco del concepto de Estado que se ha venido consolidando entre nosotros, no resulta extraño, sino que más bien es desarrollo lógico de esta misma noción.*

Mutatis mutandis, resulta sensata observación reparar en que inmerso en la función administrativa se encuentra un principio que anima y vivifica la institución de responsabilidad misma. Éste es el principio de *alterum non laedera*, él cual supone que una vez acaecido un hecho dañoso, este deberá ser reparado, transmitido por Ulpiano bajo la premisa «*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*»¹⁷⁷. Así, sumado éste concepto no-concluyente a los demás estándares extra-jurídicos que sirven de columna a la función administrativa, suponen en las actuaciones materiales y actos administrativos desplegados por las Autoridades Públicas una verdadera limitación en sus facultades¹⁷⁸, sin llegar por ello a la objetividad de la falla en el servicio, una vez presupuestos los estándares jurídicos que han de ser surtidos en cada actividad, lo cual resulta incontestable. (Sobre esto, hablare en las líneas subsiguientes).

ii.- Inconsecuente objetividad en la «falla en la prestación del servicio» producto de la supuesta completitud de principios jurídicos inmersos en la función administrativa.

En este punto se expresa un contenido implícito, que constituye un error propio el no mencionarlo. Pues bien, al utilizar la composición gramatical «... *función administrativa*» intento eliminar en principio el problema presupuesto en expresiones doctrinales, tales como: «En cualquier caso, si se asume como cierta la idea de que el mal funcionamiento se concreta en un incumplimiento de las obligaciones administrativas, es forzoso concluir que además de una obligación concreta, que no es siempre fácil de precisar, ese incumplimiento podría recaer ante todo sobre los principios generales que **presiden toda la actividad de la función administrativa** tal como ellos se proclaman en la

Resulta oportuno señalar, que el tema de la asunción de funciones administrativas por parte de los particulares al que se viene haciendo alusión, no debe confundirse con el tema de la privatización de ciertas entidades públicas. En efecto, la privatización es un fenómeno jurídico que consiste en que un patrimonio de naturaleza pública, es enajenado a particulares, de tal manera que se trueca en privado. La privatización comporta un cambio en la titularidad de ese patrimonio, que siendo estatal, pasa a manos de los particulares, y debe aquella responder a políticas que miran por la realización de los principios de eficiencia y eficacia de la función pública y enmarcarse dentro de los criterios del artículo 60 de la Carta.

La atribución de funciones administrativas a particulares hecha por las autoridades, no conlleva, en modo alguno, cambio en la titularidad del patrimonio estatal. Significa simplemente la posibilidad dada a aquellos de participar en la gestión de los asuntos administrativos, en las condiciones y bajo los parámetros señalados por la Constitución, la ley y los reglamentos».

Y más adelante, en relación con la función pública, se advierte: «...como ha señalado esta Corporación, la circunstancia de que se asigne a los particulares el ejercicio de funciones públicas no modifica su estatus de particulares ni los convierte por ese hecho en servidores públicos¹⁷⁶; sin embargo, es apenas evidente que el ejercicio de dichas funciones públicas implica un incremento de los compromisos que estos adquieren con el Estado y con la sociedad ». (CORTE CONSTITUCIONAL. Bogotá D. C.: Abril 4 de 2002. Sentencia C – 233 de 2002, M. P. Dr. Álvaro Tafur Galvis).

¹⁷⁷ GORDILLO. Op. cit. p. X-24 y ss.

¹⁷⁸ El profesor Agustín Gordillo, haciendo expresa una similar idea a la propuesta arriba, al sentenciar, haciendo referencia a Waline: «... la administración 'dispone en cada caso de un cierto margen de apreciación, pero está siempre apretada, más o menos estrechamente, por disposiciones legales'». (Ibíd. p. X-23).

Constitución Política (artículos 2º, 13 y 209). Tales principios se concretan, desde luego, en obligaciones determinadas de los distintos entes y órganos de la administración (...). Deberá por tanto entenderse la 'falta del servicio' como sinónimo de 'mal funcionamiento' o 'funcionamiento anormal', en función del incumplimiento de sus obligaciones legales que se expresa como una calificación puramente técnica del componente de actuación del ente administrativo en el análisis de la responsabilidad: no ya considerando la falta en su tradición de culpa que denota un reproche, un señalamiento moral o ético o incluso un 'pecado jurídico', sino como lo expresa Darcy, y tiene a considerarlo la doctrina moderna como un **elemento fundamentalmente objetivo**. Es el mismo sentido en que la doctrina anglosajona objetiviza la falla (*negligence*) al considerarlo como una actuación que se separa del *standard* admitido o previsto»¹⁷⁹; que suponen a la falla en el servicio tanto objetiva como delimitada.

Por último, grávida sería la sumersión en el título de este trabajo de la partícula gramatical «...en la función administrativa», si ésta no fuese aperebida en el contexto necesario en que la he construido. La función administrativa implica en sí misma, trasvasar de los contenidos convencionales lingüísticos explícitos, los cuales elucidan una elección en el contenido variable de las palabras (hasta cierto punto compartido, lo cual anima prístinamente el reconocimiento psíquico-individual previo de las normas jurídicas en disputa, especialmente en la conciencia *ius-publicista* de los juristas involucrados en las decisiones contenciosas sobre responsabilidad civil del Estado), a los contenidos invariables que supuestamente acompañan a los estándares extrajurídicos que predispondrían – según se dice – (como en expresiones similares a la arriba enunciada, tal cual la doctrina de la discrecionalidad cero¹⁸⁰, que evidencia en sí misma supuestos esquemas objetivamente definidos, estos son, los principios jurídicos inmersos en la función administrativa;

¹⁷⁹ Más adelante constatando: «La jurisprudencia del Consejo de Estado, por otra parte, hace uso frecuente de este enfoque. Así por ejemplo, en sentencia del 28 de mayo de 1992 se condena al Estado por el accidente de un bus, "imputable a la Administración, en primer término por mal funcionamiento del servicio a su cargo, debido a descuido, imprevisión y mora para remover el obstáculo creado días antes, y en segundo lugar por no adoptar medidas efectivas de prevención de desastres, y en tercer lugar por la falta de señalización que evidenciara el peligro inminente sobre la ocurrencia del riesgo». (SAAVEDRA. Op. cit. p. 247 – 248).

¹⁸⁰ Acerca de lo que a mi parecer, supone una espuria verdad inmersa bajo el nombre ampuloso y afectado de la doctrina de la *discrecionalidad cero*, de nuevo el Doctor Gordillo elucidara (de nuevo) que: «La doctrina y jurisprudencia españolas han acuñado el concepto de discrecionalidad cero, emparentada con el concepto de los principios jurídicos indeterminados.

Se trata de conceptos empleados en la norma que refieren un ámbito de la realidad que aunque en su enunciación no permiten una determinación exacta, sí pueden ser precisados en oportunidad de su aplicación, por aludir, en definitiva, a supuestos concretos, constituyendo fundamentalmente conceptos de experiencia –fuerza irresistible- o de valor –justo precio, estándares del buen padre de familia o del buen hombre de negocios.

La aplicación de estos términos no se traduce en discrecionalidad administrativa, dado que, en definitiva, no admite más que una solución justa; así, el precio es justo o no lo es se ha actuado o no con la diligencia del buen padre de familia, etc.. Tal determinación suele requerir del examen de los hechos. Se trata, en definitiva, de supuestos en los cuales podría entenderse existente una apariencia de discrecionalidad, pero en los cuales la solución, en definitiva es reglada». (GORDILLO. Op. cit. p. X-19 – X-20).

cuanto también la actividad administrativa reglada en forma inversa, que supone un contenido legal que presenta obligaciones, por contra a derechos en manos de la administración pública, y la esencia del derecho mismo, que presupone la no intromisión de las autoridades públicas en los derechos subjetivos particulares) el contenido implícito de las normas jurídicas, que apelan a una moral de sistema tersa y perspicua.

Pero los principios jurídicos como esenciales y superlativas entidades que ordenan y confinan a las composiciones normativas, suponen en principio en la decisión judicial y en las actuaciones administrativas un *numerus clausus* de existencia que especifica el límite de obligaciones e interpretaciones sobre los que se contrae la función administrativa, la cual en sí supone la sumersión de toda actitud material debida o acto administrativo a una especie de potencia que nos lleva a consentir como contrario o no el acto desplegado. Potencia manifestada en la extensión implícita de los estándares no concluyentes que especifican hasta cierto punto la ética del sistema.

Pero si la función administrativa, en tanto conjunto de principios constitucionales, es observada como el punto nodal para apercibir como objetiva u objetivable la falla en el servicio, supone un contexto espurio de comprensión de la actividad judicial que condena y reprime la fuerza del estado anteriormente desplegada a la providencia, y aquella cuestión de principios es en sí misma un constructo (o componente ideal) sin resonancia en el mundo cósmico – para utilizar una expresión de Heidegger – o sensible. Es por ello que la noción función administrativa más allá de presuponer una delimitación cognoscible de mi propósito, supone en principio la razón de la indeterminación contextual y moral de lo que es o podría llegar a ser una falla, falta o funcionamiento anormal del servicio.

La segunda enmienda al planteamiento de por qué utilizar la partícula *función administrativa*, supone que si bien todo funcionario público realiza una función administrativa, no todo funcionario realiza una función pública, por lo cual, la primera expresión amalgama con mayor éxito el presupuesto sobre el cual opera la investigación misma.

II. EL «FUNCIONAMIENTO ANORMAL DEL SERVICIO» COMO CONCEPTO INDETERMINADO Y BASE DE LA «FALLA EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO».

Sagas resulta también, transcribir el siguiente fragmento de su análisis, sobre el cual se presenta el siguiente texto: «Al interior del mismo trabajo, el autor plantea la importancia de los conceptos y de las palabras, sin embargo, en su análisis utiliza sólo de manera marginal la noción de 'funcionamiento anormal del servicio' y por el contrario concentra todo su análisis en la noción de 'falla del servicio', sin precisar si para él, falla del servicio es sinónimo de funcionamiento anormal. Es indispensable que aclare y precise cuál es el significado que le da a la expresión funcionamiento anormal y su relación con la noción de falla del servicio, con el fin, una vez más, de que le de solidez a sus argumentos y evite la existencia de importantes vacíos conceptuales».

Concordamos con la posición esgrimida por el señor Jurado respecto de ésta corrección, por ello, supongo la siguiente enmienda para evitar vacíos argumentativos:

Resulta cierto que, a partir de la sub-sección 1.1.5. (*La indeterminación de que adolece la «falla en el servicio» como formulación gramática-verbal*) supuse como problema ineluctable a la supuesta objetividad en la falla o falta del servicio la inexpugnable fuerza e inasible determinabilidad del lenguaje sobre el cual están construidas las disposiciones jurídicas, para lo cual asumo como una verdad inconcusa la proposición de Ferdinand de Saussure al prescribir: «El todo global del lenguaje es incognoscible, porque no es homogéneo...»¹⁸¹. Luego, ilustrativo es suponer un ejercicio de sinonimia que permita encerrar, aunque de forma vaga, esa heterogeneidad del lenguaje (no obstante indeterminada), la cual busque en sí misma la respuesta a un mismo y único problema: ¿Qué la falla, falta o funcionamiento anormal del servicio es?

La respuesta a éste interrogante, supone en principio que los contenidos gramaticales en una u otra de las diversas acepciones explican una misma y todas las cosas a la vez, lo que sucede es que la explicación del concepto que intentan especificar es hasta cierto punto indeterminada, tal como intento demostrar a lo largo del capítulo No. 1 (*El carácter cabalístico de la «falla en el servicio» en la función administrativa*) de éste escrito. Así pues, las tres acepciones que a lo largo del trabajo protagonizaron el argumento principal, presuponen un reconocimiento previo manifestado en una percepción psíquico-coercitiva contra el Estado por parte de juristas y funcionarios judiciales por un hecho jurídico previo desarrollado por el mismo que el sistema como una totalidad de estándares jurídicos condena, al presuponer su contrariedad con el mismo¹⁸².

Sin embargo, ese reconocimiento inicial y hasta cierto punto no asegurado metodológicamente o erróneamente asegurado supone el principal punto de inmersión en el contenido del presupuesto mismo, pues concede que, aunque: «Las palabras no sólo poseen una música tan dulce como la de la viola y el laúd, colores tan ricos y vivos como los que nos hacen adorables los lienzos de los venecianos o de los españoles, y una forma plástica tan cierta y segura como la que se revela en el mármol o en el bronce, sino que sólo ellas poseen el pensamiento, la pasión y la espiritualidad»¹⁸³, éstas en tanto no delimitadas en sus contornos difusos presuponen como indefectible contrariedad una resplandeciente indeterminación en el contenido explícito e implícito de las disposiciones jurídicas que animan y confinan a la falla, falta, o funcionamiento anormal del servicio a una oscura interpretación dentro y fuera del contexto normativo.

¹⁸¹ SAUSSURE, Ferdinand. Curso de lingüística general. Bogotá: Editorial Skla, 2005. p. 34 y ss.

¹⁸² Sobre la existencia de ese reconocimiento, él cual no resulta extraño, pues ya Habermas lo evidenciaba tras la retórica construcción: «restricciones estructurales que impone un lenguaje intersubjetivamente compartido». Saussure, en ese mismo sentido, aseguraba: «Entre todos los individuos así ligados por el lenguaje, se establecerá una especie de media: todos reproducirán – no exactamente sin duda, pero si aproximadamente – los mismos signos unidos a los mismos conceptos»; lo cual no supone, desde luego, la eliminación de las ambigüedades. (Ibíd. p. 27 y ss.).

¹⁸³ WILDE, Oscar. El crítico artista. Op. cit. p. 31.

Acerca de la extensión explícita que supone que tanto falla o falta en el servicio, cuanto también funcionamiento anormal del servicio, entendidas como composiciones gramaticales que evidencian una misma y única respuesta a un problema de delimitación contextual, puede observarse la aserción esgrimida por García de Enterría al sentenciar que por funcionamiento anormal del servicio se entiende: «Para que el daño se impute a la Administración no es necesario localizar al agente concreto que lo haya causado. Puede tratarse – y así ocurre con frecuencia – de daños anónimos e impersonales, no atribuibles a persona física alguna, sino a la organización como tal. La titularidad de esa organización o servicio justifica por sí sola la imputación de los mismos a la Administración, tanto si ese servicio ha funcionado mal (*culpa in omittendo*, o por acción positiva), como si no ha funcionado (*culpa in omittendo*, abstenciones, cuando existe un deber funcional de actuar), o si lo ha hecho defectuosamente (falta al deber de diligencia funcional...) ya que todos estos supuestos quedan ampliamente cubiertos por la expresión que la Ley utiliza (funcionamiento “anormal”). A propósito de ella conviene subrayar que el hecho de que la Ley haya objetivado la normalidad haciendo de esta un concepto jurídico indeterminado, cuya concreción se remite a los estándares del rendimiento medio del servicio de que se trate, significa que en su estimación entran factores variables en cada época según el grado de sensibilidad social y desarrollo efectivo de los servicios públicos»^{184, 185}. Luego, como se tuvo oportunidad de evidenciar en líneas sucesivas, tal contenido en el sistema legal colombiano es el mismo adscrito como respuesta a la pregunta ¿existió o no una falla o falta en el servicio en las actuaciones desplegadas por la Administración Pública?

Lo cual presupone una mayor indeterminación en el término a delimitar, puesto que los límites conceptuales que confinan a la falla, falta o funcionamiento anormal suponen más allá de su significado, los casos en que ésta interactúa, empero obscureciendo la respuesta a lo qué es una falla, falta o funcionamiento anormal del servicio. Siendo necesario evidenciar que los inconvenientes a una de estas acepciones delimitan en principio las dos restantes, luego observar una u otra a la vez es observar un mismo y único concepto.

¹⁸⁴ García de Enterría, Eduardo. Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa. Madrid: Civitas, 1984. p. 203. Citado por: SAAVEDRA. Op. cit. p. 154 y ss.

¹⁸⁵ Ésta percepción es ratificada por la afirmación realizada por el Doctor Ramiro Saavedra, al mencionar: «En el ordenamiento constitucional colombiano no se habla del funcionamiento de los servicios públicos sino de acción u omisión de las autoridades. No obstante, la jurisprudencia ha recogido también la expresión española y se refiere a ella con frecuencia» (SAAVEDRA. Op. cit. p. 155 y ss.).

BIBLIOGRAFÍA

AUSTIN, John. El Objeto de la Jurisprudencia. Madrid. : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. 338 p. ISBN 84-259-1228-8.

ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. Como teoría del discurso práctico racional. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. 346 p. ISBN 84-259-0835-3.

APEL, Otto Karl. Wittgenstein y Heidegger. La pregunta sobre el sentido del ser y la sospecha de falta de sentido contra toda metafísica. En: Dianoia: Anuario de Filosofía. (México. 1967; p. 145). p. 1 – 42.

BALZAC, Honoré. Eugénie Grandet. Venezuela : Planeta. 202 p. ISBN 84-08-04447-8.

BARROS, Enrique. La responsabilidad civil como derecho privado. Notas sugeridas por la reseña de C. Rosenkrantz al tratado de responsabilidad extracontractual. En: Centro de Estudios Públicos de Chile. Vol. 112 (primavera. 2008); p. 309 – 338.

_____ Tratado de responsabilidad extracontractual. Santiago : Jurídica de Chile, 2006. 1232 p. ISBN 956-10-1097-6.

BERLIN, Isaiah. La libertad compleja. En: Centro de Estudios Públicos de Chile. Vol. 80 (primavera. 2000); p. 311 – 432.

BURKE, Edmund. Selección de escritos políticos. En: Centro de Estudios Públicos de Chile. No. 9 (1983); p. 143 – 170.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. El sistema de responsabilidad civil extracontractual. En: Derecho y economía: El análisis económico de las instituciones legales. Lima : Palestra, 2006. 2ª ed. p. 701 – 736.

CAMUS, Albert. El mito de Sisifo. 10 ed. Buenos Aires : Losada, 1980. 149 p.

DE CUPIS, Adriano. El daño. Barcelona : Bosch, 1975. 852 p. ISBN 84-7162-664-0.

DWORKIN, Ronald. El imperio de la justicia. Barcelona : Gedisa, 1997. 328 p. ISBN 84-7432-323-1.

_____ Los derechos en serio. Barcelona : Ariel, 2007. 508 p. ISBN 84-344-1508-9.

_____ Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad. Barcelona : Paidós, 2003. 532 p. ISBN 84-493-1436-4.

FRANK, Jerome. Derecho e incertidumbre. 3ª ed. México : Distribuciones Fontamara, 2001. 141 p. ISBN 968-476-129-5.

FREGE, Gottlob. Sobre sentido y significado. En: Revista de Filosofía y Crítica Filosófica, Nueva Serie. Vol. 100 (1982); p. 25 – 50.

GARCÍA AMADO, Juan. Ensayos de filosofía jurídica. Bogotá D. C. : Temis, 2003. 405 p. ISBN 958-35-0443-2.

_____ ¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial? O de cómo en la actual teoría del derecho (casi) nada es lo que parece. En: Berbiquí: Revista del Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia. Vol. 30 (nov. 2005); p. 14 – 38.

GÓNGORA PIMENTEL, Genaro. Los principios de legalidad y responsabilidad patrimonial del Estado. En: La responsabilidad patrimonial del Estado. México : Instituto Nacional de Administración Pública, 2000. p. XIII – XVIII. ISBN 986-6403-94-9.

GORDILLO, Agustín. Clasificación jurídica de la función administrativa. En: Tratado de derecho administrativo, 10ª Ed. Buenos Aires: F.D.A., 2009. Capítulo X. p. X-1 – X-39. ISBN 950-9502-38-3.

HART, H. L. A. El concepto de derecho. 2 ed. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 2004, 332p. ISBN 950-20-0089-7.

_____ *Post scriptum* al concepto de derecho. México D. F. : Universidad Nacional Autónoma de México, 2000. 75 p. ISBN 968-36-8507-2.

HESSE, Herman. El lobo estepario. Colombia : Sion. 156 p. ISBN 978-958-98475-1-5.

HENAO. La noción de falla del servicio como violación de un contenido obligatorio a cargo de una persona pública en el derecho colombiano y en el derecho francés. En: Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 57 – 114.

_____ La responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia. En: La responsabilidad patrimonial del Estado. México : Instituto Nacional de Administración Pública, 2000. p. 105 – 146. ISBN 968-6403-94-9.

HERNANDEZ, Alier; FRANCO GÓMEZ, Catalina. Responsabilidad extracontractual del Estado. Bogotá : Nueva Jurídica, 2007. 647 p. ISBN 978-958-98052-6-8.

IHERING, Rudolf. La voluntad en la posesión. Madrid : Imprenta de la Revista de Legislación, 1896. 379 p. v. 2.

KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho. 15 ed. México D. F. : Porrúa, 2007. 364 p. ISBN13 978-970-07-7497-8.

KENNEDY, Duncan. Libertad y restricción en la decisión judicial. Bogotá D. C. : Siglo del Hombre, 1999. 222 p. ISBN 958-665-028-6.

LARENZ, Karl. Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica. Madrid : Civitas, 1993. 208 p. ISBN 9788473983648.

LEGUINA VILLA, Jesús. Origen y evolución de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado. En: La Responsabilidad Patrimonial del Estado. México : Instituto Nacional de Administración Pública, 2000. p. 1 – 19. ISBN 968-6403-94-9.

LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. El derecho y la equidad. La justicia. La sabiduría. México : Centro de Estudios Filosóficos Universidad Nacional Autónoma de México, 1960. p. 285 – 300.

MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. La norma de indemnización de perjuicios causados por las actividades peligrosas (Art. 2356 C. C.). En: Opinión Jurídica. Vol. 3 No. 6 (jul. – dic. 2004; p.115). p. 101 – 124.

MANTILLA ESPINOSA, Fabricio; TERNERA BARRIOS, Francisco. La 'culpa' en la responsabilidad civil extracontractual del derecho colombiano. En: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros. Vol. 12 (dic. 2006). p. 125 – 137.

_____ La interpretación *contra legem* del artículo 2356 del código civil colombiano. En: Cuadernos de Análisis Jurídico. Temas de Responsabilidad Civil. Vol. 1 (Santiago. 2004). p. 211 – 249.

MÁRTINEZ CÁRDENAS, Betty. La adaptación de la teoría de las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado en el derecho colombiano. En: Los contratos en el derecho privado. Argentina : Legis, 2007. p. 899 – 914.

MOLINA BETANCUR, Carlos. Particularidades de la responsabilidad del Estado por la actividad del poder legislativo. En: Estudios sobre la responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México. México : Universidad Nacional Autónoma de México, 2007. p. 461 – 473. ISBN 970-32-4426-3.

MONCAYO JIMENEZ, Edgar. Las políticas regionales en Colombia. Bogotá D. C. : Universidad Externado de Colombia, 2004. 167 p. ISBN 978-958-616-837-3.

PAILLET, Michel. La responsabilidad administrativa. Bogotá D. C. : Universidad Externado de Colombia, 2001. 345 p. ISBN 958-616-531-0.

PENAGOS, Gustavo. Derecho administrativo parte general y parte especial. Bogotá D. C.: Librería del Profesional, 2000. v. 2.

PLATÓN. Fedro. En: Apología de Sócrates, Banquete, Fedro. México D. F. : Editorial Planeta Mexicana, 1995. p. 205 – 329. ISBN 84-3954010-8.

POLO F., Juan A. Elementos de derecho administrativo. 2 ed. Bogotá D. C. : Fundación Fondo de Publicaciones Universidad Sergio Arboleda., 2001. 431 p. ISBN 958-9442-79-X.

POPPER, Karl R. Conjeturas y refutaciones. 4 ed. Barcelona : Paidós Básica, 1991. 513 p. ISBN 84-7509-146-6.

PRIGOGINE, Ilya. El fin de las certidumbres. Santiago : Andrés Bello, 1996. 222 p. ISBN 956-13-1430-4.

RAWLS, John. La teoría de la justicia. 2 ed. México D. F. : Fondo de Cultura Económica, 2006. 549 p. ISBN 968-16-4622-3.

RAZ, Joseph. La autoridad del derecho. 2 ed. México D. F. : Universidad Nacional Autónoma de México, 1985. 354 P. ISBN 968-837-540-3.

ROCA TRIAS, Encarna. El riesgo como criterio de imputación subjetiva en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español. En: INDRET: Revista para el Análisis del Derecho. Vol. 4 (oct. 2009). p. 1 – 17.

RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho administrativo. General y colombiano. 10 ed. Bogotá D. C. : Temis, 2007. 618 P. ISBN 978-958-35-0612-3.

ROSS, Alf. El concepto de validez y otros ensayos. 4 ed. México D. F. : Distribuciones Fontamara, 2001. 115 p. ISBN 968-476-134-1.

_____ Teoría de las fuentes del derecho. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. 531 p. ISBN 978-84-259-1357-0.

RUIZ OREJUELA, Wilson. Responsabilidad extracontractual. Bogotá D. C. : ECOE, 2008. 229 p. ISBN 978-958-648-536-4.

RUSSELL, Bertrand. Religión y ciencia. México : Fondo de Cultura Económica, 1951. 175 p. ISBN 9789681609382.

SAAVEDRA, Ramiro. La responsabilidad extracontractual de la administración pública. 5ª Reimpresión. Bogotá D. C. : Ibáñez, 2008. 748 p. ISBN 958-8192-18-8.

SAUSSURE, Ferdinand. Curso de lingüística general. Bogotá D. C. : SKLA, 2005. 304 p. ISBN 958-97628-8-3.

WILDE, Oscar. El retrato de Dorian Gray. España : El Nacional, 2002. 221 p. ISBN 84-0804424-9.

_____ El crítico artista. En: Ensayos y artículos. Barcelona : Orbis, 1986. p. 13 – 100. ISBN 84-85471-69-5.

WITTGENSTEIN, Ludwig. Los cuadernos azul y marrón. Madrid : Editorial Tecnos, 2009. 230 p. ISBN 9788430948444.

_____ Investigaciones Filosóficas. Barcelona : Altaya, 1999. 191 p. ISBN 84-487-1250-1.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Madrid : Trotta, 2005. 173 p. ISBN 9788481640717

BIBLIOGRAFÍA DE SENTENCIAS

CONSEJO DE ESTADO (Colombia)., SCA., Secc. Tercera, mayo 26 de 2010. Exp. 18195, C. P. Dra. Gladys Agudelo Ordoñez.

_____ SCA., Secc. Tercera, febrero 18 de 2010. Exp. 18274, C. P. Dr. Enrique Gil Botero.

_____ SCA., Secc. Tercera, febrero 18 de 2010, Exp. 17533, C. P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

_____ SCA., Secc. Tercera, agosto 18 de 2009, Exp. 36849, C. P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

_____ SCA., Secc. Tercera, abril 16 de 2009. Exp. 28717, C. P. Dra. Myriam Guerrero de Escobar.

_____ SCA., Secc. Tercera, febrero 11 de 2009, Exp. 17318, C. P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

_____ SCA., Secc. Tercera, octubre 15 de 2008, Exp. 18586, C. P. Dr. Enrique Gil Botero.

_____ SCA., Secc. Tercera, junio 19 de 2008. Exp. 15263, C. P. Dra. Myriam Guerrero de Escobar.

_____ SCA., Secc. Tercera, junio 04 de 2008. Exp. 15567, C. P. Dra. Myriam Guerrero de Escobar.

_____ SCA., Secc. Tercera, diciembre 04 de 2007, Exp. 16894, C. P. Dr. Enrique Gil Botero.

_____ SCA., Secc. Tercera, octubre 18 de 2007, Exp. 15528, C. P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

_____ SCA., Secc. Tercera, septiembre 20 de 2007. Exp. 15799. C. P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

_____ SCA., Secc. Tercera, agosto 29 de 2007, Exp. 15494, C. P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

_____ SCA., Secc. Tercera, septiembre 07 de 2004, Exp. 14869, C. P. Dra. Nora Cecilia Gómez Molina.

_____ SCA., Secc. Tercera, abril 11 de 2002. Exp. 13227, C. P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

_____ SCA., Secc. Tercera, enero 24 de 2002, Exp. 12706, C. P. Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros.

CONSEJO DE ESTADO (Colombia)., SCA., Secc. Tercera, marzo 15 de 2001, Exp. 11222, C. P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

_____ SCA., Secc. Tercera, agosto 10 de 2000. Exp. 11585. C. P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez

_____ SCA., Secc. Tercera, marzo 02 de 2000. Exp. 11401. C. P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

_____ SCA., Secc. Tercera, febrero 10 de 2000. Exp. 11878, C. P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

_____ SCA., Secc. Tercera, octubre 07 de 1999, Exp. 12665, C. P. Dra. María Elena Giraldo Gómez.

_____ SCA., Secc. Tercera, mayo 14 de 1998, Exp. 12175, C. P. Dr. Daniel Suárez Hernández.

_____ SCA., Secc. Tercera, febrero 03 de 1995. Exp. 9142, C. P. Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

_____ SCA., Secc. Tercera, agosto 05 de 1994, Exp. 8485, C. P. Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

_____ SCA., Secc. Tercera, diciembre 09 de 1993, Exp. 7818, C. P. Dr. Daniel Suárez Hernández.

_____ SCA., Secc. Tercera, julio 13 de 1993, Exp. 8163, C. P. Dr. Juan de Dios Montes Hernández.

_____ SCA., Secc. Tercera, junio 13 de 1993. Exp. 8163.

_____ SCA., Secc. Tercera, marzo 25 de 1993. Exp. 7641. C. P. Dr. Daniel Suárez Hernández.

_____ SCA., Secc. Tercera, agosto 24 de 1992. Exp. 6754, C. P. Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

_____ SCA., Secc. Tercera, noviembre 08 de 1991. Exp. 6296, C. P. Dr. Daniel Suarez Hernández.

_____ SCA., Secc. Tercera, octubre 25 de 1991, Exp. 6680, C. P. Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

_____ SCA., Secc. Tercera, octubre 24 de 1990. Exp. 5902. C. P. Dr. Gustavo de Greiff Restrepo.

CONSEJO DE ESTADO (Colombia)., SCA., Secc. Tercera, octubre 11 de 1990, Exp. 5737, C. P. Dr. Gustavo de Greiff Restrepo.

_____ julio 29 de 1947. «Indemnización por clausura periódico el Siglo». C. P. Dr. Gustavo A. Valvuená.

CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia). Bogotá D. C.: Mayo 20 de 2009. Sentencia C – 350 de 2009, M. P. Dra. María Victoria Calle Correa.

_____ Bogotá D. C.: febrero 1° de 2006. Sentencia C – 038 de 2006, M. P. Dr. Humberto Sierra Porto.

_____ Bogotá D. C.: Abril 4 de 2002. Sentencia C – 233 de 2002, M. P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

_____ Bogotá D. C.: Agosto 4 de 1996. Sentencia C – 561 de 1999, M. P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

_____ Bogotá D. C.: agosto 1° de 1996. Sentencia C – 333 de 1996, M. P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

_____ Bogotá. D. C.: Julio 11 de 1996. Sentencia C – 307 – 1996, M. P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

_____ Bogotá D. C. Sentencia C – 112 de 1996, M. P. Dr. Fabio Morón Díaz.

_____ Bogotá D. C.: Abril 29 de 1993. Sentencia C – 165 de 1993, M. P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (Colombia)., Sala de Casación Civil, junio 30 de 1962. M. P. Dr. José J. Gómez.

TRIBUNAL SUPREMO (España). Sala de lo Contencioso., Secc. Cuarta, diciembre 10 de 2009. STS: 7375/2009, P. Celsa Pico Lorenzo.

_____ Sala de lo Contencioso., Secc. Sexta, diciembre 12 de 2006, STS: 7117/2002, P. Octavio Juan Herrero Pina.

_____ Sala de lo Contencioso., Secc. Tercera, junio 14 de 1991, STS: 16257/1991, P. José María Reyes Monterreal.