

PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS EN EL TÍTULO DE
IMPUTACIÓN (FACTOR DE ATRIBUCIÓN) DAÑO
ESPECIAL: ANÁLISIS DESDE EL ESQUEMA ALEXIANO
Y EL ESQUEMA KANTIANO

WEIGHTING OF PRINCIPLES ON THE PART OF
ALLOCATION (ALLOCATION FACTOR) SPECIAL:
ANALYSIS FROM THE SCHEME AND THE SCHEME
KANTIAN ALEXIANO

PONDÉRATION DES PRINCIPES DE LA PART DE
RÉPARTITION (FACTEUR DE RÉPARTITION)
SPECIAL: ANALYSE DE LA RÉGIME ET LE RÉGIME
KANTIEN ALEXIANO

Fecha de recepción: 2 de abril de 2015

Fecha de aprobación: 10 de mayo de 2015

Herman José Aranda-Camacho¹

¹ Abogado, Ph.D. (c) en Derecho Universidad de Buenos Aires Argentina.

Resumen

La constitucionalización del derecho ha traído consigo el “abandono” progresivo de las reglas como única fuente válida para la resolución de situaciones específicas (especialmente en los altos tribunales) acogiendo los principios como criterios superiores a los cuales atender al momento de dirimir controversias; este cambio de paradigma ha gestado problemas tales como la incompatibilidad de principios en la resolución de un caso concreto, como quiera que su textura abierta no delimita claramente los alcances de los mismos, es por ello que se ha hecho uso de la ponderación como herramienta idónea para la determinación del principio aplicable en cada situación en atención a los mandatos superiores de la norma supuesta.

El presente escrito pretende analizar una sentencia, en la cual se identifiquen los principios en colisión y a través del ejercicio de ponderación se determine un sentido del fallo en una u otra dirección según el principio dominante al que se le de aplicación.

Palabras Claves

Responsabilidad del Estado, daño especial, externalidad del daño, ponderación de principios, ponderación Alexiana, teoría de la corrección.

Abstract

The constitutionalization of law has brought the gradual “abandonment” of the rules as the only valid source for the resolution of specific situations (especially in the higher courts) accepting the principles and criteria above which meet when settling disputes; This paradigm shift has gestated problems such as incompatibility of principles in solving a particular case, whatever their open texture does not clearly define the scope thereof, which is why we have made use of the weighting as a suitable tool for determining the principle applicable in every situation in response to the mandates of the alleged higher standard.

This paper aims to analyze a sentence, in which the principles identified in collision and through the balancing exercise is determined by a sense of failure in either direction as the dominant principle that is applicable to it.

Keywords

State responsibility, special, externality damage, weighting principles, weighting Alexiana theory of correction.

Résumé

La constitutionnalisation du droit a amené le «abandon» progressive des règles comme la seule source valable pour la résolution des situations spécifiques (en particulier dans les juridictions supérieures) d’accepter les principes et les

critères ci-dessus, qui réunit sur le règlement des différends; Ce changement de paradigme a enfanté des problèmes tels que l'incompatibilité des principes dans la résolution d'un cas particulier, quel que soit leur texture ouverte ne définit pas clairement la portée de celui-ci, qui est pourquoi nous avons fait usage de la pondération d'un outil approprié pour déterminer le principe applicable dans chaque situation en réponse aux mandats de la norme plus élevée alléguée.

Ce document vise à analyser une phrase, dans laquelle les principes énoncés dans la collision et par l'exercice d'équilibrage est déterminé par un sentiment d'échec dans les deux sens comme le principe dominant qui lui est applicable.

Mots-Clés

Responsabilité de l'État, des dommages spécifiques, d'externalité, principes pondération, la théorie Alexiana pondération de correction.

Introducción

El sistema jurídico colombiano enmarcado dentro del Estado social de derecho que pregona la Constitución política de 1991, ha tendido inevitablemente hacia la constitucionalización de sus diferentes ramas; verbigracia, el Consejo de Estado colombiano ha adoptado tales supuestos y en consecuencia con cada nuevo fallo se evidencia un abandono de las reglas como único fundamento jurídico y normativo, para analizar cada caso concreto a la luz de los principios constitucionales inmersos a lo largo de la Carta Política.

Tal postura ha permitido que los fallos emitidos por el alto tribunal, respondan verdaderamente a las problemáticas de los ciudadanos, reconociéndoles como protagonistas de un sistema constitucional como el nuestro.

Sin embargo, la acogida de los principios como sustento directo de las decisiones judiciales ha traído consigo dificultades de carácter práctico debido a que, en términos de *H. L. A. Hart*², los principios resultan gozar de una textura abierta que permite a los operadores jurídicos una interpretación más flexible. Característica que ha derivado en la imposibilidad de aplicar directamente dos o más principios por encontrarse en evidente contradicción.

² Cfr. Davobe, M. (2003). *El Concepto de Derecho en la Teoría de H.L.A. Hart Perspectiva Tridimensional*. Pág. 41 y s.s.

Como resultado de lo enunciado, se ha desarrollado la teoría de la ponderación de principios con el fin de dar solución a la dicotomía gestada por la interpretación y aplicación de estos en un caso concreto. El presente escrito gira en torno al modelo de ponderación Alexiano y el modelo de corrección Kantiano para demostrar las diversas posibilidades de dirimir la colisión de principios.

1. Identificación de la sentencia objeto de análisis

Identificación general

- Corporación: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A
- Fecha: VEINTIOCHO (28) DE ABRIL DE DOS MIL CATORCE (2014)
- Consejero Ponente: DR. HERNÁN ANDRADE RINCÓN
- Radicado: 73001-23-31-000-2001-01548-01(25718)

Sujetos relevantes

- Sujeto(s) activo(s): Ciudadanos (JOSÉ OCTAVIO BALLESTEROS OBANDO, MODESTA LOZANO CEDEÑO, CÁNDIDA OBANDO DE BALLESTEROS, EVERGISTO BALLESTEROS LOZANO y otros)
- Sujeto(s) pasivo(s): Estado (NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL)

Hechos relevantes

- Dentro de la demanda se tuvieron como fundamento de hecho de las pretensiones, la narración de como la muerte del señor José Octavio Ballesteros Lozano se produjo como consecuencia del cruce de disparos entre los policiales acantonados en la Estación de Policía de Ataco y guerrilleros de las FARC, con ocasión de la incursión guerrillera a dicho cuartel sucedida el cuatro (4) de abril de 2001.

Normas relevantes

- Constitución política de Colombia, artículo 90.

- Decreto Ley 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo), artículo 136³.

DECISIONES DE INSTANCIA

- Primera instancia

El Tribunal Administrativo del Tolima, mediante sentencia proferida el 31 de julio de 2003, declaró probada la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional al considerar que no tenía relación directa con los hechos alegados en la demanda.

Decisión del consejo de estado

El alto tribunal de lo contencioso - administrativo decide REVOCAR la sentencia del 31 de julio de 2003 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima y, en su lugar, se dispuso DECLARAR administrativamente responsable a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL por los daños causados a los demandantes con ocasión de la muerte del señor José Octavio Ballesteros Lozano, en hechos sucedidos el día 4 de abril de 2001 en la población de Ataco, Departamento del Tolima; y, en consecuencia de condenar al pago de las indemnizaciones correspondientes.

Principios en colisión

- Principio de legalidad (Reflejado en la actuación legítima de la administración con sujeción a las disposiciones legales).
- Principio de responsabilidad del Estado por la comisión de un daño antijurídico.

2. El daño especial: trato doctrinal y jurisprudencial

Una de las principales características que trae consigo la constitucionalización del sistema jurídico que se mencionaba *ut supra*, es la responsabilidad del Estado, que en Colombia trajo consigo (a nivel Constitucional⁴) la Carta Política de 1991 en su artículo 90, al incluir una cláusula general de responsabilidad del Estado por la comisión de un daño antijurídico.

En virtud del concepto de daño antijurídico y el título de imputación (lo que en Argentina se denominaría Factor de Atribución) daño especial:

³ Normatividad aplicable al presente caso, de conformidad con lo señalado en el artículo 308 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo.

⁴ Antes de la Constitución Política de 1991 el fundamento de la responsabilidad estatal estaba dado por normas de rango infraconstitucional.

“se ha reconocido por la doctrina y la jurisprudencia que se compromete la responsabilidad patrimonial de la administración pública cuando esta, en ejercicio de sus competencias y obrando dentro del marco de las disposiciones legales, causa con su actuación un perjuicio de naturaleza especial y anormal a un administrado, un daño que excede el sacrificio que el común de los ciudadanos deben normalmente soportar en razón de la peculiar naturaleza de los poderes públicos y de la actuación estatal” (Tamayo, 1997, p. 5). (Subrayado fuera del texto original)

De acuerdo con Arias García (2013),

(...) debe apuntarse que el Estado no solo responde por sus actos irregulares o contra derecho, sino que también lo hace cuando un acto regular o conforme a derecho, implica una ruptura de cargas públicas, causándose con ello un injusto y desigual trato a una persona o grupo de personas (p. 140).

Al respecto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Consejo de Estado ha manifestado a través de su prolija jurisprudencia que

“No necesariamente los actos de ejecución de una decisión de la Administración deben ser irregulares, para que surja la obligación de indemnizar por parte del Estado. En efecto, en el evento en el cual con la ejecutoria de una decisión se rompa el equilibrio que debe existir ante las cargas públicas y se grave en forma injusta y desigual a una persona o grupo de personas, es posible acudir a la acción de reparación directa con el fin de obtener la indemnización de perjuicios originada en dicha operación administrativa, aunque esta haya sido completamente regular” (Consejo de Estado. Sentencia del 23 de agosto de 2001. Expediente: 13344)

En el mismo sentido, el alto Tribunal de lo Contencioso-Administrativo se ha pronunciado en múltiples sentencias⁵ en donde en virtud de la teoría del daño especial ha condenado al Estado aun cuando su actividad haya sido conforme a derecho. Tal es el caso de la sentencia *sub lite* en la cual dando aplicación a dicha teoría condenó a la nación por la muerte de un ciudadano en un ataque de las fuerzas subversivas.

3. La externalidad del daño en caso *sub lite*

La externalidad del daño resulta ser un criterio relevante para determinar la antijuridicidad del hecho objeto de disputa, como quiera que la identificación

⁵ Cfr. C.E., Sent. 21 de mayo de 2004, Sección Tercera, Exp. 13607; C.E., Sent. 13 de enero de 2006, Sección Tercera, Exp. 24671; C.E., Sent. 11 de marzo de 2009, Sección Tercera, Exp. 16980.

de externalidades negativas⁶ permite situar al mismo conforme o contrario al orden jurídico.

En el caso concreto, la afectación moral de los accionantes por la muerte de su consanguíneo resulta ser la externalidad negativa más relevante, sin que ello sea óbice para desconocer que externalidades negativas de menor relevancia como el desamparo económico al que quedó sometida la compañera permanente de la víctima y que es consecuencia directa de la muerte del señor José Octavio Ballesteros Lozano.

Como quiera que las externalidades negativas del caso concreto recaen sobre principios vertebrales de nuestro sistema constitucional como lo son la vida⁷ y la dignidad humana, la antijuridicidad del hecho resulta notorio a la luz del ordenamiento jurídico Colombiano.

Desde la perspectiva de la acción desplegada por la Policía, se deberá analizar que pese a lo anteriormente planteado, su proceder desencadenó externalidades de tipo positivo, sea una de estas la protección de la integridad de los demás ciudadanos, así como de las propiedades que se encontraban bajo ataque; respuesta que en suma, derivó en la posterior retirada de las fuerzas subversivas evitando así un mayor número de decesos.

3.1 Análisis desde la teoría de coase

Para *Coase*, quien niega con vehemencia la intervención del Estado, la solución más eficiente desde la perspectiva costos – ganancias resulta ser la negociación directa de las externalidades negativas entre los directamente involucrados⁸.

En el caso concreto, la intervención del Estado en la resolución de la controversia generó costes que para *Coase*, resultan ser innecesarios pues la simple negociación directa podría haber resultado más benéfica para ambas partes.

Estos costes se ven materializados para los familiares de la víctima de forma directa, en el pago de un abogado que represente sus intereses dentro del litigio y el paso del tiempo que implica un proceso de responsabilidad administrativa; sin embargo, puede llegarse a decir que de forma indirecta

6 Los casos en los que los actos de un agente imponen costas, se denominan externalidades negativas; *a contrario sensu*, cuando el acto de un agente beneficia a otra se denominan externalidades positivas. Cfl. Stiglitz, J. (1988). *La economía del sector público*. Segunda edición. Barcelona: Antoni Bosch Editor, S.A. Pag. 79

7 Máxime cuando el derecho a la vida resulta ser una garantía constitucional absoluta; el primer derecho de los derechos, pues por su naturaleza del derecho a la vida depende la posibilidad de gozar y ejercer los demás derechos.

8 Véase Miró, P. (2002). "El Teorema de Coase y sus implicaciones según "El problema del Coste Social"", en Contribuciones a la economía de La Economía de Mercado, virtudes e inconvenientes. Recuperado el 8 de enero de 2015, de <http://www.eumed.net/cursecon/colaboraciones/Miro-Coase.htm>

ellos mismos a través de los impuestos están financiando la administración de justicia, gastos que a la postre serán imputados al total de costos que se derivan del proceso en cuestión.

Ahora bien, para el Estado, los costes de representación jurídica, el pago de una suma de dinero que es resultado de una imposición y no de una negociación, además del pago de los intereses correspondientes a dichas sumas de dinero desde la ocurrencia de los hechos, supone costos que por medio de la negociación directa pudieron evitarse.

4. Ponderación de principios desde el esquema alexiano

A manera de introducción, es necesario precisar que la ponderación solo es procedente cuando entren en colisión principios normativos (normas con estructura de mandatos de optimización⁹), es decir, cuando la aplicación de un principio implica incompatibilidad normativa de otro principio y viceversa; es entonces que la ponderación resulta ser el procedimiento para establecer cuál de los principios en conflicto es aplicable a un caso concreto.

El esquema de ponderación Alexiano supone la degradación de nivel de uno de los principios en controversia¹⁰, para dar aplicación al que resulte articularse de forma más armónica con el modelo constitucionalista arraigado (en nuestro caso) al Estado Social de Derecho que pregona la Constitución. Es un ejercicio de costo – beneficio en el cual se determina el nivel de inconformismo o interferencia de un principio o derecho frente a otros.

4.1 La ponderación alexiana en el caso concreto

En el caso concreto, la ponderación se desarrolla con base en la fórmula de optimización propuesta por Alexy en función del principio de proporcionalidad y los sub-principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en *stricto sensu*, determinando así el peso de la afectación de los principios en pugna y en consecuencia un sentido del fallo, cobrando menor relevancia para el Juez de instancia el principio de legalidad ya que no interesa que el Estado haya actuado conforme al ordenamiento, sino que los ciudadanos involucrados se vieron inmersos en un daño antijurídico el cual no debieron soportar.

9 Este tipo de normas ordenan que “algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”. Cfr. Robert. A. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales. Pág. 86 y s.s.

10 Ver anexos: gráfico 1.

4.1.1 Principio de proporcionalidad

4.1.1.1 Sub-principio de idoneidad: ¿Cuál de los principios es idóneo para proteger los valores en pugna?

El modelo de Estado Social de Derecho supone que la persona sea el eje piramidal del ejercicio de la administración. En efecto, en el caso concreto no es posible pretender que el principio de legalidad limite o impida la reparación a que tienen derecho los familiares de la víctima del cruce de disparos por la ocurrencia de un daño antijurídico, pues ello significaría el desconocimiento de los máximos valores de la Constitución.

Resulta entonces evidente que el principio de responsabilidad del Estado debe prevalecer ante el principio de legalidad, como quiera que, la hipótesis contraria supondría la vulneración de la dignidad humana de los familiares de la víctima. Una afectación que resulta gravosa e inconcebible dentro del esquema Constitucional.

4.1.1.2 Sub-principio de necesidad: ¿Existen otras medidas alternativas menos gravosas?

La no prevalencia del principio de responsabilidad del Estado, significaría el quebrantamiento de valores que desencadenarían una situación en extremo gravosa para los derechos de los familiares de las víctima en el caso *sub judice*, además del desconocimiento del sistema de valores derivados del modelo constitucional actual.

Al no encontrarse una alternativa distinta a la de la ponderación de principios y en consecuencia a la limitación de uno de ellos, se hace procedente el examen respecto del peso de la afectación de los principios en conflicto.

4.1.1.3 Sub-principio de proporcionalidad *strictu sensu*: ¿Cuál es el peso de la afectación de los principios en colisión?

- Valoración de importancia de lo que protejo y afecto.

Como ya se ha mencionado, en el ejercicio de ponderación se analiza el beneficio-coste de la aplicación de uno u otro principio, esto en atención a su peso abstracto.

En la providencia objeto de análisis, el objeto de protección es la dignidad humana enmarcada dentro del derecho de reparación integral por la afectación moral sufrida por los familiares de la víctima. Siendo la dignidad humana el horizonte de la Constitución, la afectación del principio de legalidad resulta ser viable en la medida que su degradación implica la prevalencia de la máxima del nuevo constitucionalismo. La hipótesis a la inversa, significaría un retroceso y la vulneración flagrante de los fines del Estado Social de Derecho.

- Grado de afectación

El grado de afectación se determina por la escala tríadica: “leve”, “medio” o “intenso”¹¹. En la situación que se estudia, la afectación del principio de legalidad resulta ser leve como quiera que con su afectación se propende por la protección de otro principio que tiene relevancia vertebral por encontrarse en consonancia con el concepto de dignidad humana. En suma, su afectación se limita a una situación específica, es decir, la afectación del principio de legalidad no se extiende a otras situaciones distintas al de caso *sub lite*.

4.1.2 Sentido del fallo con base en la ponderación alexiana

Del análisis propuesto anteriormente dando aplicación al modelo de ponderación pregonado por Alexy, y una vez puesto en evidencia que no existe manera menos gravosa de resolver el caso, no pudiera ser otro el resultado que la primacía del principio de responsabilidad del Estado por la comisión de un daño antijurídico y en consecuencia, teniendo como base la sentencia analizada, el deber del Estado de indemnizar a los familiares de la víctima de la toma terrorista en atención a la teoría del daño especial que ha invocado el máximo Tribunal de lo contencioso-administrativo en su providencia.

Esta decisión resulta ser, como se mencionó *ut supra*, aquella que encarna los ideales máximos del Estado Social de Derecho y que atiende a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico Colombiano.

5. Ponderación de principios desde el esquema kantiano

El esquema Kantiano tiene como punto de referencia inmediato el concepto de moral y en su entender las normas morales al ser universales no tiene excepciones, es decir, han de cumplirse en todo momento sin la posibilidad de modular su aplicación. Es por ello que desde la postura Kantiana se dice que no existen verdaderos conflictos de principios, sino conflictos entre razones de obligación.

Con base en ello, la ponderación desde el esquema de Kant supone (a diferencia del esquema Alexiano) la supresión de uno de los principios en colisión¹², con el fin de dar plena aplicación a aquel que resulte aplicable al caso o situación específica.

11 Carbonel, M. (2007). *El principio de proporcionalidad en el Estado Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Pág. 25.

12 Ver anexos: gráfico 2

La filosofía Kantiana como ética del deber se centra en el deber, como quiera que considera que hay principios y normas que deben respetarse como mandatos superiores.

5.1 La postura kantiana en el caso concreto

La actividad desplegada por la fuerza policial en el caso concreto desde la postura kantiana, supone el cumplimiento de un deber como imperativo. Actitud que debe entenderse como un imperativo sin condiciones y absoluto al ser el resultado de la sumisión a la voz de la razón.

Para sostener tal afirmación, en adelante se analizarán los 3 criterios propuestos por Kant para determinar si una conducta puede considerarse como un imperativo categórico y en consecuencia ser la razón más fuerte que domine el campo.

5.1.1 Criterio de auto contradicción en la situación expuesta

En esencia este criterio hace referencia a la posibilidad o no de que una determinada conducta se convierta en ley universal.

La ofensiva desplegada por la policía nacional ante la toma guerrillera, resulta ser el claro ejemplo de una conducta desarrollada por respeto al deber; es decir, no solo actuaron conforme al deber sino que decidieron obedecer ese mandato de razón impuesto por ellos mismos, con el fin de proteger a la población que eventualmente pudo verse gravemente afectada. Máxime cuando para salvaguardar sus propias vidas, los policías pudieron haber escapado del lugar y dejarlo a merced del grupo guerrillero.

Es por ello que la conducta desplegada con el fin de preservar la integridad del prójimo tiene vocación de ley universal.

5.1.2 Criterio de la inaceptabilidad

Este criterio se resume en la aceptabilidad de una conducta por parte de un ser racional.

En el caso concreto, la protección de los pobladores de la región por parte de la policía nacional, y de contera la protección de los bienes que se encontraban bajo ataque por parte de la fuerza subversiva, resulta notoriamente aceptable para un ser racional, como quiera que un supuesto contrario en el que una persona renunciará a ayudar a otra que está en dificultades, aun pudiendo ayudarla, la norma que justifica su acción sería inaceptable racionalmente al universalizarse.

5.1.3 En el caso concreto

El principio de legalidad representado en la actuación desplegada por la Policía Nacional frente al ataque realizado por parte de las FARC a la

población civil, resulta ser una conducta con vocación a la universalización por encontrarse racionalmente considerada un deber perfecto hacia los demás, en este caso la protección de la vida del prójimo cuando se está en posibilidad de hacerlo.

No pudo ser otra la acción correcta en la situación mencionada.

Como ya se ha dicho, el principio de responsabilidad del Estado por la comisión de un daño antijurídico, en el caso concreto no ocupa un lugar en el campo y por ende desplazada por el principio de legalidad, el cual como ya se ha dicho se vio reflejada por la conducta desplegada por los agentes policiales.

6. Una propuesta alternativa a la ponderación

Una propuesta diferente a la ponderación (al menos teóricamente¹³) para poder resolver un caso concreto sin necesidad de ponderar, resulta ser el modelo de deliberación planteado por *Susan L. Hurley* para “intentar hallar la teoría que dé mejor cuenta de las relaciones entre las razones que sustentan a las alternativas en el conflicto” (Martínez, 2009, pág. 123).

Hurley (1989 y 1990, citado en Martínez, 2009) establece que este proceso de deliberación consta de cinco etapas que permiten determinar la hipótesis que resulta dar una mejor solución a una situación determinada.

Dicho sistema se sustenta en la importancia que le atribuye a “*las razones subyacentes de las normas*”¹⁴ como criterio piramidal para la elección de una de las alternativas que disipen la controversia. En otras palabras, en cada caso se deberán identificar las razones subyacentes y a su vez determinar en qué medida cada una de las alternativas de solución satisfacen dichas razones.

Sin embargo, resulta dificultoso en el ejercicio práctico el descubrimiento de estas razones subyacentes, pues el operador jurídico generalmente imputa y no revela las verdaderas razones que sustentan la norma, bien sea por que la exposición de motivos de una norma no resulta ser clara, o bien por la dificultad de establecer un criterio unificado respecto de dichas razones por el amplio espectro que estas abarcan.

Lo anterior no es óbice para desechar el modelo de deliberación como un sistema plausible de resolución de controversias en la elección y aplicación

13 Como quiera que hasta donde se conoce nunca ha sido utilizada en la resolución de casos reales por ningún tribunal, ello debido a la gran acogida del modelo Alexiano de ponderación de principios para justificar racionalmente decisiones en el contexto de conflictos entre principios.

14 El término hace referencia a las consideraciones, propósitos, finalidades y principios morales que sirven de fundamento a una norma. Cfr. Martínez, D. (2009). Alternativas a la ponderación. El modelo de Susan L. Hurley. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 86, pág. 125.

de principios en casos concretos, pues al menos teóricamente hablando, se le ha dado aplicación a casos hipotéticos¹⁵ donde se demuestra que el modelo es viable y que resulta cumplir con su objetivo, justificar racionalmente una decisión en situaciones donde los principios entran en pugna.

6.1 El modelo deliberativo en el caso propuesto

El primer paso dentro del proceso deliberativo es identificar el problema y a su vez las razones en conflicto, además de las alternativas a que estas pueden conducir.

El problema en este caso será necesariamente si ¿El Estado debe reparar a los familiares de la víctima en atención a la teoría del daño especial o si por el contrario la actividad legítima de los agentes de la administración puede fungir como eximente de toda responsabilidad administrativa?

Las alternativas a saber serán que el Estado repare a los familiares de la víctima asumiendo la responsabilidad por el hecho ocurrido o, por el contrario, que no se repare a los familiares de la víctima por considerar que no existe mérito para ello como quiera que la actuación de la administración fue regular y legítima. La primera alternativa tiene como sustento el mandato constitucional contenido en el artículo 90 según el cual todo daño antijurídico deberá ser reparado por el Estado; ahora bien, este argumento nos permitiría sin lugar a duda considerar esta alternativa como predominante. La segunda alternativa tiene fundamento en el principio de legalidad contenido explícitamente en la cláusulas cuarta y sexta de la Carta Política colombiana, según la cual las actuaciones de la administración deberán estar sometidas al imperio de la constitución y la ley, razón por la cual si como ya se ha manifestado la actuación desplegada por el Estado resultó ajustada a derecho, no habría lugar a reparación alguna.

En adelante, se deberán analizar las razones subyacentes de cada una de las normas que sustentan las distintas alternativas. El principio de legalidad, según explica Hans Kelsen (1949), se resume en que un individuo ajeno a la administración puede hacer todo aquello que no le esté prohibido por el orden jurídico, en tanto que al Estado, es decir al agente que obra como órgano estatal, solamente puede hacer lo que el orden jurídico le autoriza a realizar. Definición que en esencia adopta el constituyente en los artículos precitados. La definición pone de manifiesto el fin último de este principio; la sujeción total de la actividad estatal a las normas preestablecidas, situación que de contera permite a los administrados tener conocimiento pleno de las “reglas de juego”, así como certeza de sus derechos y obligaciones frente al ordenamiento jurídico y viceversa.

15 Véase Martínez, D. (2009). Op. cit. Págs. 130 – 133.

El principio de responsabilidad del Estado por la comisión de daño antijurídico, tiene su primera delimitación conceptual en Colombia con el fallo de la Corte Suprema de Justicia en el cual afirma que

“todas las naciones deben protección a sus habitantes nacionales y extranjeros, y si bien es cierto que un Estado, como persona jurídica, no es susceptible de responsabilidad penal, sí está obligado a las reparaciones civiles por los daños que resultan de un delito imputable a sus funcionarios públicos, cuando no es posible que estos resarzan con sus bienes”¹⁶.

Concepto que fue adoptado por el Constituyente de 1991, y que como se infiere de la definición citada, todo daño causado por el Estado es objeto de reparación como quiera que guarda una especial obligación frente a los derechos de los administrados. En suma, la definición no excluye el deber de reparar aun cuando la actividad desplegada por los agentes del Estado hubiere sido legítima, pues el único elemento determinante resulta ser el daño.

En conclusión, analizadas las razones subyacentes que sustentan cada una de las alternativas propuestas, se vuelve evidente que en el caso concreto la reparación de los familiares de la víctima resulta ser la alternativa que se articula armónicamente con las razones que sirven de fundamento para cada uno de los principios en disputa, ello como quiera que, la reparación de los familiares no significa una sanción al Estado por la actividad desplegada, sino que resulta ser el cumplimiento de un mandato supremo de responsabilidad.

Referencias

Tamayo, J. (1997). *La Responsabilidad del Estado: El Daño Antijurídico, el Riesgo Excepcional y las Actividades Peligrosas*. Bogotá: Editorial Temis.

Arias, F. (2013). *Estudios de Derecho Procesal Administrativo: Ley 1437 de 2011 y código general del proceso*. Tunja: Grupo Editorial Ibáñez.

Rodríguez, L. (2013). *Derecho administrativo general y colombiano*. Décimoctava edición. Bogotá: Editorial Temis.

Robert. A. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 22 de octubre de 1896, Magistrado ponente: Carmelo Arango M.

Carbonel, M. (2007). *El principio de proporcionalidad en el Estado Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Stiglitz, J. (1988). *La economía del sector público*. Segunda edición. Barcelona: Antoni Bosch. Editor, S.A.

Hans, K. (1949). *Teoría general del Derecho y del Estado*. Traducción de Eduardo García Máynez. México: Imprenta Universitaria.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso – Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Expediente 25718. (Consejero ponente Dr. Hernán Andrade Rincón; 28 de abril de 2014)

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso – Administrativo. Sección Tercera. Expediente 13344. (Consejera ponente Dra. María Elena Giraldo Gómez; 23 de agosto de 2001).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso – Administrativo. Sección Tercera. Expediente 13607. (Consejero ponente Dr. Germán Rodríguez Villamizar; 21 de mayo de 2004).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso – Administrativo. Sección Tercera. Expediente 24671. (Consejero ponente Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez; 13 de enero de 2006).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso – Administrativo. Sección Tercera. Expediente 16980. (Consejero ponente Dr. Mauricio Fajardo Gómez; 11 de marzo de 2009).

Corte Suprema de Justicia, sentencia del 22 de octubre de 1896, (Magistrado ponente: Carmelo Arango M.).

Davobe, M. (2003). *El Concepto de Derecho en la Teoría de H.L.A. Hart Perspectiva Tridimensional*. Recuperado el 4 de enero de 2014, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/viewFile/859/685>

Martínez, D. (2009). *Alternativas a la ponderación. El modelo de Susan L. Hurley*. Revista Española de Derecho Constitucional, 86, págs. 119 – 144. Recuperado el 4 de enero de 2014, de: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=676&IDA=27452>

Miró, P. (2002). “*El Teorema de Coase y sus implicaciones según “El problema del Coste Social”*”, en Contribuciones a la economía de La Economía de Mercado, virtudes e inconvenientes. Recuperado el 8 de enero de 2015, de: <http://www.eumed.net/coursecon/colaboraciones/Miro-Coase.htm>

ANEXOS

Gráfico 1: ponderación alexiana

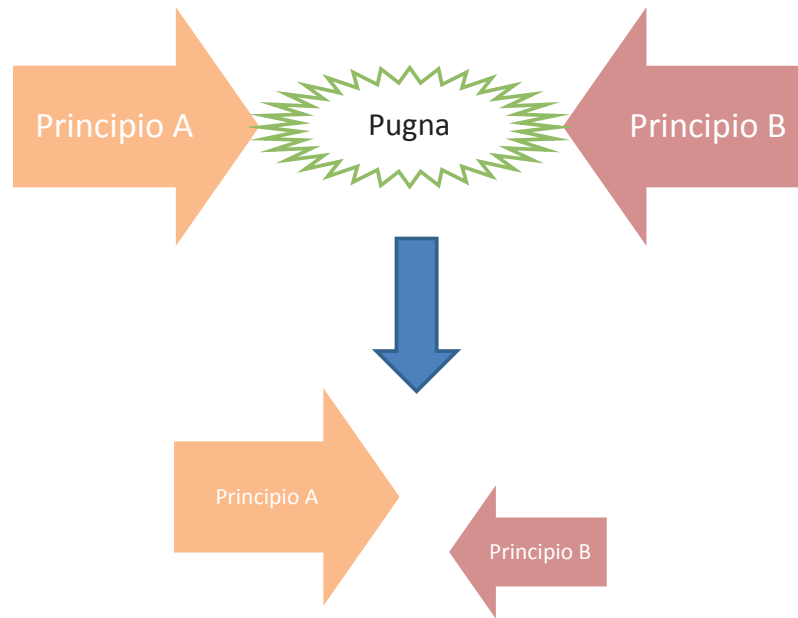


Gráfico 2: teoría kantiana

