

REFLEXIONES COMPARATIVAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN FRANCIA Y COSTA RICA

Por Dr. Manrique Jiménez Meza
www.manriquejimenez.com

SUMARIO

A manera de introducción	02
I. Breve referencia al desarrollo de la responsabilidad civil y su incidencia en el devenir conceptual y jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial administrativa.	07
A. El tratamiento de la responsabilidad desde la perspectiva del Derecho Civil y su incidencia en el régimen de la responsabilidad extracontractual del Estado.	07
B. La incidencia positiva y negativa de los “principios generales del Derecho” a partir de la interpretación del Consejo de Estado en relación con el Derecho de la Constitución.	12
II. La ubicación de los principios de la responsabilidad patrimonial del Estado por daños ocasionados por el funcionamiento normal y anormal, lícito o ilícito de los servicios públicos.	16
III. Elementos constitutivos y definatorios para la procedencia de la responsabilidad extracontractual administrativa.	20
IV. Reforzada referencia a los elementos configurantes de la responsabilidad patrimonial administrativa.	24
A La falta como factor causante y sus diversas manifestaciones.	24
A. I La falta de servicio.	25
A. II La falta separable y la falta no separable.	26
A. III La falta personal.	28
A. IV La falta grave.	31
V. La indispensable prueba de la falta para pretender la indemnización por lesión.	31
VI. Del principio de la falta de servicio a la teoría del riesgo (excepcional en Francia).	32
VII. Requisitos para la aplicación de la responsabilidad objetiva de la Administración Pública en general.	34
VIII. Los factores atenuantes y de exoneración de la responsabilidad administrativa.	38
IX. La cuestionada y criticable irresponsabilidad administrativa por actos políticos o de gobierno.	44

A MANERA DE INTRODUCCIÓN

El tema de la responsabilidad patrimonial de la Administración constituye, junto al principio de legalidad, uno de los grandes páramos sobre los que descansa los cimientos o axiomas sustanciales del Derecho Administrativo y una de las mayores conquistas del Estado de Derecho en su lucha interminable contra las inmunidades del poder público. Ciertamente, el Estado liberal no puede desligarse de la protección efectiva de la propiedad privada y sus distintas manifestaciones patrimoniales ante el acoso o inmisión por parte del poder público del Estado, venido a menos en el siglo XIX, luego de su omnipresencia y omnipotencia con el absolutismo de justicia retenida por el poder del soberano identificado con la persona del monarca o rey. La revolución burguesa llevada a su máxima expresión con la Revolución francesa, fue, tanto cuna originaria del Derecho Administrativo como valioso abono para el constitucionalismo escrito, de lo que Francia ha sido claro ejemplo, con distintas constituciones políticas hasta culminar en la Constitución de 1958 de la actual V República; que a su vez fue producto de la reacción a la IV República con la Constitución de 1946 de donde se tomó íntegramente el Preámbulo en favor de los derechos sociales.¹

1- La I República francesa nació en 1793 y fue liquidada jurídicamente (de iure) en 1803 aun cuando lo fue de hecho (de facto) por el golpe de Estado de Napoleón el 18/19 de Brumario de 1799. La II República nació con la revolución de 1848, pero cayó rápidamente con la dictadura plebiscitaria de Napoleón III. La III República se originó en 1875 por los actos violentos y revolucionarios derivados de la guerra franco-prusiana de 1870-1871; la cual fue aplastada por las tropas de Hitler y sustituida por el régimen de Vichy que fue colaborador de estas fuerzas de ocupación. Luego de la liberación de Francia (1944), hasta 1946 se dio la Constitución de este año correspondiente a la IV República, con la presencia determinante del general De Gaulle; la cual no duró más de 12 años. La vigente V República tiene por base la Constitución de 1958, donde también jugó un papel predominante el general De Gaulle. Dicen los artículos de cita: "Artículo 9º-El Gobierno de la República es popular, representativo, participativo, alternativo y responsable. Lo ejercen el pueblo y tres Poderes distintos e independientes entre sí. El Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial".

"Artículo 11.-Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal por sus actos es pública. La Administración Pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes. La ley señalará los medios para que este control de resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas."

"ARTÍCULO 41.- Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes."

"ARTÍCULO 49.- Establécese la jurisdicción contencioso - administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público.

La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos. La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados."

El clásico principio de que la Administración “haga, pero que indemnice”, es hoy norma y no excepción en el devenir de los controles y sanciones de las conductas administrativas que invadan patrimonios o esferas de bienes privados adscritos a la amplia gama de los intereses legítimos y derechos subjetivos o, mejor aún, a las situaciones jurídicas protegidas. De tal manera que, ante la afectación de los metros cuadrados de libertad ciudadana, por (in) conductas administrativas imputables objetivamente, surgen las barreras de protección a manera de blindaje jurídico con el poder y resistencia suficientes para impedir la arbitrariedad, el voluntarismo o subjetivismo funcionariales, imponiéndose con el principio de legalidad y la regla de la restitución íntegra (restitutio ad integro) o parcial; o a su equivalente o acaso a su estado natural (in natura) previo a la afectación en tanto sea material y jurídicamente posible.

Las indemnizaciones por daños y perjuicios –según los parámetros que se analizarán puntualmente- marcan la pauta seguida por la abundante legislación y jurisprudencia comparadas, con apoyo amplio y determinante en el desarrollo de la doctrina y en los pretorianos pronunciamientos del Consejo de Estado francés.

Quizás una de las ricas resoluciones del Tribunal Superior español logre sintetizar, con aguda precisión, el fenómeno de la responsabilidad patrimonial de la Administración o del Estado-Administración - diría Hauriou - a saber: “ Los preceptos que regulan la responsabilidad de la Administración se refieren única y exclusivamente al supuesto de daños y perjuicios ocasionados en patrimonio privado como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, sin que sea posible, por lo tanto, extender su normativa específica al supuesto inverso de daños ocasionados por los particulares en el patrimonio público.” (TS 4a. Sentencia de 30 de noviembre de 1983, 6850).

Ahora bien, la responsabilidad del Estado no queda reducida a la manifestación de la Administración pública en la dimensión subjetiva y formal, por cuanto material y excepcionalmente existen conductas regidas por el Derecho Administrativo, como parte del principio de legalidad, para los diversos órganos fundamentales del Estado (no así los poderes, por cuanto el Poder del Estado es único e indivisible); por lo que también extender la responsabilidad del Estado-Juez y del Estado-Legislator, no ya en el ejercicio material de potestades o atribuciones

de naturaleza o contenido administrativos sino por conductas jurisdiccionales y parlamentarias que afecten los patrimonios privados, sean por resoluciones judiciales o sentencias, o sea por actos legislativos y leyes, ente otros supuestos de común verificación objetiva.

En nuestro sistema positivo de manera especial, aunque no así exclusivamente, los artículos 9, 11, 41 y 49 de la Constitución Política permiten deducir claramente el régimen obligado de la responsabilidad del Estado desde la conducta del Estado Administración; o acaso del Estado Juez o del Estado Legislador.²

Este régimen de responsabilidad de la Administración está regulado en el Título Séptimo del Libro Primero de la LGAP. La formulación del principio es clara en introducir el concepto de la responsabilidad objetiva del Estado: es decir, aquella que no toma en cuenta el examen de la actuación del funcionario o agente, en cuanto a los extremos de su culpabilidad, para hacer descansar la responsabilidad a través de la constatación objetiva y certera del daño que fue posible por la conducta administrativa. En tal sentido, es harto suficiente la existencia del efecto dañoso, efectivo, económicamente evaluable y determinado en relación con sujetos o grupos de personas por virtud de las conductas de la Administración, para que surja la obligación de indemnizar, siendo así que se impone el necesario nexo de causalidad entre las conductas administrativas y los daños irrogados; con absoluta prescindencia de la licitud o ilicitud de los actos originadores de tales lesiones.

En esta perspectiva, el artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública (LGAP) sigue esta línea al indicar que: “La Administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero.”³ (...).

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia se ha referido a la evolución del concepto de responsabilidad en los siguientes términos: “En lo tocante a la responsabilidad de la administración, punto sobre el cual versan los agravios de la representante del Estado, conviene recordar lo dicho por esta Sala en la sentencia

2- Procuraduría General de la República. C-052-1999 de 16 de marzo de 1999.

3- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 112 de 14:25 horas del 25 de noviembre de 1994

No. 263, de las 15:30 horas del 22 de agosto de 1990, la cual dijo: “Los conceptos de responsabilidad de la Administración Pública y del deber de indemnizar han evolucionado mucho, en el derecho occidental. En la antigüedad no se concebía la responsabilidad estatal proveniente del daño o el perjuicio que la actividad de la Administración o de sus agentes, pudiera producir a los administrados. Más tarde, se admitió, en ciertos casos, la responsabilidad de los funcionarios y se reconocieron algunos derechos al individuo, frente al Estado. Luego aparecieron las teorías de los actos de gestión y actos de autoridad. En los primeros, las actividades caen en la esfera del derecho privado por existir una igualdad de derecho entre las partes; los otros se refieren a las actividades regladas por el derecho público, donde hay una desigualdad de derechos que caen en el dominio de las relaciones de poder, para determinar así que, si el acto perjudicial es un acto de autoridad, entonces el Estado no es responsable, porque las decisiones nacen de su soberanía y no de un derecho de carácter patrimonial. Posteriormente fueron abandonadas estas teorías, para entrarse a analizar la responsabilidad del Estado merced a lo cual se llegó a la conclusión de que todo acto administrativo puede entrañar una responsabilidad estatal; pero ella se subordinó a la existencia de una falta de servicio. Se estableció que existía falta de servicio si al cumplirse la función se causaba un daño. Esto, aun cuando el funcionario ejerciera su labor como tal, si al hacerlo, actuó con negligencia, o incurriendo en omisiones, o errores vinculados al servicio, o cuando no se cumplía la función debiendo realizarse, o sea efectuaba en forma tardía. Quedó establecida, además, la falta del funcionario o falta personal, que es aquélla en que se incurre cuando éste se extralimita en sus atribuciones. Luego se aceptó que ambas faltas podían coexistir, y aunque diferentes, podían concurrir a la producción de un daño si la falta personal estaba ligada a la ejecución de un servicio público. Por último, se arriba a la última etapa de la evolución para reconocer la responsabilidad de la Administración por razón del simple funcionamiento del servicio, sin necesidad de probar la culpa del funcionario encargado de su prestación”.⁴

4- No falta la doctrina que incorpora la responsabilidad legal en la dimensión extracontractual o, mejor aún, en la que tiene la causa fuente en un hecho jurídico, toda vez que existen actos unilaterales y no contractuales que generan responsabilidad contractual y extracontractual, como sucede, a manera de ejemplo, con la obligación de pago ante el libramiento de cheques o títulos ejecutivos. Señala: “Estrictamente, sería más correcto hablar de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones que tienen causa fuente en un acto jurídico en lugar de responsabilidad contractual o responsabilidad cuya causa fuente es un hecho jurídico que genera daño injusto en lugar de responsabilidad extracontractual.” ROSSI, Jorge Oscar: *Responsabilidad Civil y Daños*; Ediciones D & D S.R.Ş.L., Buenos Aires, 2007, p.17.

Tal como se desprende de lo indicado, el régimen de responsabilidad de la Administración ha evolucionado a partir del tratamiento que dio el Derecho Civil, mediante el cual debía demostrarse la culpa o dolo del agente causante del daño, hasta arribar con grado de notable autonomía el régimen objetivo de responsabilidad por el cual el Estado debe responder e indemnizar por las lesiones que produzca por su funcionamiento. Valga entonces este sucinto desarrollo para diseccionar el tratamiento que se hace en Francia y en Costa Rica, con elementos comunes y algunas veces disímiles o coincidentes en posiciones que requieren adaptación interpretativa en aras de la justicia pronta y cumplida, como derecho fundamental.

En síntesis parcial: no hay duda de que existen materias jurídicas que tienen tronco común, y en este caso sobresale el Derecho civil de donde emanó el principio de la responsabilidad contractual, para luego extenderse con técnica refinada a la actuación de la Administración Pública, por lo que, originariamente se denominó “Derecho Civil Administrativo”. Parte de la tendencia inicial fue cargar de responsabilidad al funcionario y no así a la Administración, lo que fue cediendo paso a favor de la responsabilidad objetiva de la Administración, en perjuicio de la responsabilidad subjetiva, a través del desarrollo de la jurisprudencia, como sucedió en Francia, aun cuando en algunos países, fue por obra impuesta del legislador que se incorporó el régimen de responsabilidad administrativa, como sucedió en Inglaterra y España.

Entre las posibles causas que favorecieron el desarrollo de la responsabilidad administrativa como instituto autónomo y objetivo, podríamos citar las siguientes, a saber: a) el aumento vertiginoso de la actividad administrativa que implicó también aumento de los posibles costos por responsabilidad de sus actos, lo que trascendió cualquier patrimonio de sus agentes; b) el avance y la agudización del tratamiento dado a la responsabilidad de las personas jurídicas, con efecto necesario en la actividad administrativa; c) desmitificación de la soberanía del Estado que, aun con su efecto singular en la Administración Pública, ésta no queda exenta de la responsabilidad frente al patrimonio de los ciudadanos; d) en la perspectiva externa a la Administración, los administrados responsabilizan a la Administración por sus actos y no a sus funcionarios; y e) por el avance en la defensa del patrimonio privado, conforme al desarrollo del Estado liberal y capitalista, en derivación de la protección efectiva de la propiedad privada.

I. BREVE REFERENCIA AL DESARROLLO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y SU INCIDENCIA EN EL DEVENIR CONCEPTUAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL ADMINISTRATIVA

A. El tratamiento de la responsabilidad desde la perspectiva del Derecho Civil y su incidencia en el régimen de la responsabilidad extracontractual del Estado

Suele indicarse que las fuentes de la responsabilidad civil tienen tres grandes bloques de aplicación positiva, a saber: a) sea cuando por virtud de la infracción del contrato nace la responsabilidad contractual; b) sea por los delitos y cuasidelitos de donde surge la responsabilidad extracontractual y, c) sea por las leyes de donde se deriva la responsabilidad legal que suele estar también incluida en la responsabilidad extracontractual o aquiliana.⁵ De tal manera que la responsabilidad civil contractual supone la existencia previa de la obligación entre partes ligadas por un vínculo jurídico, de cuya violación nace la sanción o carga de la responsabilidad en beneficio del afectado. De conformidad con lo anterior, los elementos de esta noción de responsabilidad presupone la existencia de un sujeto acreedor afectado y un deudor, que es el autor del daño; todo sin perjuicio de la existencia ocasional de un tercero en calidad de responsable; siendo el objeto la prestación generalmente dineraria, que se demanda del autor y la causa que es aquel acto jurídico o conducta que generó el daño que se le imputa al deudor o acaso eventualmente al tercero responsable.

Por su lado la responsabilidad extracontractual supone la ausencia de la obligación contractual que se produciría entre personas extrañas, sean físicas o jurídicas, a falta de vínculo jurídico. En nuestro medio el artículo 1045 del Código Civil, es laconico al efecto, a saber: "... aquel que, por dolo, falta, negligencia o imprudencia, cause un daño a otro, está obligado a repararlo junto con los perjuicios".

Asimismo, desde la perspectiva procesal surgen diferencias importantes entre ambas responsabilidades, así, en la contractual bastaría el incumplimiento de lo pactado para que el acreedor haga valer sus derechos, sin importar que sea por culpa del deudor; en la extracontractual, en cambio, la persona que reclama la

5- DEL AUTOR: *Droit Administratif*, Sirey, 9^o edición, p. 818.

indemnización por el derecho afectado debe probar el hecho doloso o culposo que le causó perjuicio, salvo que por ley se derive la responsabilidad contra quien se imputan los hechos causantes de la afectación.

También es importante destacar que la responsabilidad civil extracontractual puede ser tanto objetiva como subjetiva; simple o compleja. Ciertamente, la objetiva es la que tiene por fundamento el riesgo; en cambio la subjetiva es que la tiene por base el dolo o la culpa del agente causante del daño. Por esto, en lineamiento con la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública en particular o del Estado en general, la dimensión objetiva es fuente de inspiración para su tratamiento y elaboración conceptuales, toda vez que se prescinde radicalmente de la culpabilidad subjetiva en tanto lo que importa es determinar la producción del daño con independencia del sujeto que lo haya causado directa o reflejamente.

Contrariamente, la responsabilidad extracontractual subjetiva supone de manera necesaria la culpabilidad de algún sujeto por los hechos o conductas dolosas o culposas; por lo que es necesario determinar la existencia de la voluntad suficiente y consciente del sujeto causante que se haría acreedor de la sanción y responsabilidad.

Desde la óptica de la responsabilidad extracontractual en tratamiento simple y complejo, podríamos indicar que la primera se confirma cuando el hecho proviene de la conducta personal del autor causante del daño; mientras que la segunda nace por virtud de la falta de cuidado o vigilancia (*culpa in vigilando*) respecto a los daños causados por sujetos que están bajo el cuidado o custodia de otro u otros; o por hechos de animales o cosas en relación con la falta de vigilancia o cuidado de determinados sujetos. Y aquí es importante agregar la eventual concurrencia de responsabilidades, sea la del autor que procede a escoger y debió vigilar al sujeto escogido para la realización de varios o muchos actos con el deber inexorable de un buen padre de familia. Si este sujeto escogido, que debió ser vigilado para la ejecución entre los límites dispuestos incumple con los cometidos y causa perjuicio a terceros, podría surgir la responsabilidad solidaria conforme a lo dispuesto en el artículo 1048 *ibid.*

De tal manera que, como se dijo e insiste, la responsabilidad extracontractual constituye el soporte causal necesario para el desarrollo autónomo y ulterior de la responsabilidad objetiva y extracontractual del Estado. Como señala acertadamente el profesor Waline: “La responsabilidad es la ubicación de un perjuicio a cargo de una persona distinta de aquella que lo ha sufrido. Su efecto consiste en el traslado de la carga de un perjuicio sobre un tercero. En consecuencia, no se puede concebir la responsabilidad sin perjuicio”.⁶

En criterio de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, la responsabilidad extracontractual tiene la siguiente demarcación técnica y conceptual, en relación con el desarrollo del Derecho Civil, a saber:⁷ “En la responsabilidad civil extracontractual “subjctiva”, a diferencia de la objetiva, el daño debe ocasionarse con culpa (negligencia, imprudencia o impericia), o dolo del agente. La carga de la prueba corresponde entonces al acreedor, es decir, a la víctima que solicita el resarcimiento. (Sentencia No. 34 de las 14 horas 25 minutos del 22 de marzo de 1991). Efectivamente, en la responsabilidad extracontractual o aquiliana le compete al damnificado demostrar la culpabilidad del autor del acto ilícito o dañino. Por otra parte, uno de los elementos configurativos de la responsabilidad extracontractual subjctiva, lo constituye la relación de causalidad directa o eficiente entre el comportamiento o conducta antijurídica y el daño. Este último es el presupuesto de cualquier tipo de responsabilidad extracontractual. Su demostración también constituye un requisito sine quo non para declarar procedente la pretensión resarcitoria (sentencia No. 17 de las 15 horas del 29 de enero de 1992). La hipótesis contenida en el artículo 1048 párrafo 3 ibídem es distinta. Se trata de la responsabilidad civil indirecta o por hecho ajeno, en sus dos formas: “in eligendo” e “in vigilando”. La ley obliga a quien encarga a otro la realización de determinado trabajo, a elegir a alguien apto y a vigilar la ejecución del encargo. Si el encargado, en ejecución del encargo y dentro del ámbito de confianza otorgado por el comitente, causa daños a terceros éstos se ven facultados para accionar directamente contra la persona que hizo el encargo. La responsabilidad indirecta la asume el mandante cuando el daño emerge por una acción dolosa o culpable del encargado.

6- Vid sentencia número 113 16 horas del 11 de octubre de 1995.

7- Señala un distinguido autor: “La obra puramente pretoriana de la jurisprudencia administrativa no se presenta como una construcción perfectamente lógica. Ella ha sido extraída por sucesivos retoques sin una aparente cohesión; de aquí proviene su carácter rico en matices, flexible y en ciertos aspectos inacabado, en atención a que en esta materia la jurisprudencia está en constante evolución, situación que es más acentuada en ella que en otros tópicos.” *Odent, Raymond: Contentieux Administratif*, París, 1965-66, p. 881.

Para establecer dicha responsabilidad, se requiere de una acción dolosa o culpable. En la responsabilidad indirecta se presume la culpa en elegir o en vigilar del comitente. La presunción se dirige pues, no a la acción del encargado, sino a la acción del mandante, quien solo podría excusarse de ella si prueba que, aún poniendo toda la previsión en vigilar, el suceso siempre habría ocurrido (Sentencia No. 34 de las 14 horas 25 minutos del 22 de marzo de 1991). En la Ley General de la Administración Pública, se establece la responsabilidad objetiva del Estado y sus instituciones”.

Por su parte el Consejo de Estado francés a través de sus sabias y penetrantes resoluciones con fuerza pretoriana y paradigmática, dio magistral forma a los principios rectores de la responsabilidad extracontractual del Estado, para lo cual es importante hacer una breve pero obligada referencia histórica, por lo que detenemos la atención debida en sus dos marcadas etapas. En efecto, la primera de éstas arranca desde la creación del citado Consejo por la Constitución del año VIII hasta el 24 de mayo de 1872; con la penosa existencia de la restricción de competencias para la confirmación objetiva de la justicia retenida que fue norma del poder absoluto sin separación de poderes y, posteriormente, se inclinó hacia el Ejecutivo que adoptó sus decisiones finales a través del Ministro que a su vez fue Juez, o mejor aún, por el Ministro-Juez.

En un gran segundo momento histórico, el Consejo de Estado obtuvo la independencia competencial por virtud de la ley de 24 de mayo de 1872, lo que le permitió ejercer sus potestades sin intromisión del Ejecutivo en plena afrenta con el principio de la justicia retenida y con realce de la justicia delegada; destacando el Tribunal de Conflictos (arrêt Blanc) que la responsabilidad del Estado debe tener “sus propias reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos de los particulares”.⁸

Este exaltado equilibrio que debía darse entre la prestación del servicio; las potestades del Estado y los intereses públicos, dio base sólida para el tratamiento de la responsabilidad estatal por la falta de servicio, sin demérito de la posterior ruta

8- DEL VECCHIO, Giorgio; *Los principios generales del Derecho*; Bosch, Casa Editorial, SA 3ra Edición, 1979, pp. 139-140.

proclive a la responsabilidad objetiva de la Administración por las faltas cometidas por sus funcionarios, con total y revolucionaria trascendencia del enfoque subjetivo propio de la responsabilidad contractual - civil y de la determinación causal de los hechos con los sujetos causantes de daños por actos dolosos o culposos; siendo así que las faltas cometidas desde la prestación del servicio público se sobrepuso a la manifestación subjetiva del funcionario que las posibilitó o ejecutó, con voluntad o no de acción o ejecución.

Así, pues, ante la posible imputación de la falta y de la responsabilidad objetiva de la Administración - todavía en ciernes por la necesaria demostración probatoria de la falta de servicio por parte de la víctima - la Administración Pública utilizó inicialmente la técnica procesal de la subrogación - propia del Derecho civil y del Procesal civil - para repetir contra sus agentes lo asumido o pagado a los sujetos afectados por los daños ocasionados en los derechos ciudadanos en calidad de administrados, clientes o usuarios del servicio público. Sin embargo, ante el problema apuntado de que la carga de la prueba cargara sobre las espaldas de los afectados o de las víctimas, se diseñó el principio del mantenimiento normal del servicio público, lo que dio paso para el fortalecimiento de su imperativa continuidad con eficiencia; por lo cual, en caso de afectación a los ciudadanos, la Administración Pública debía demostrar la operación y mantenimiento normales del servicio. A esto debió agregarse el otro principio de la presunción de falta de la Administración ante la ejecución de actividades riesgosas o delicadas que podrían tener efectos negativos en los derechos e intereses ciudadanos, por el ejercicio de sus potestades de imperio o autoridad.

De tal manera que debemos sumar en esta referencia la “teoría del riesgo” que también fue obra del Consejo de Estado frente a la imposibilidad de determinar la falta, o aún incluso sin darse ésta a pesar de ser fuente real de daños por el funcionamiento regular del servicio público, con lo cual se extendió la responsabilidad objetiva de la Administración para el fortalecimiento del Estado de Derecho, por medio del cual existe la sujeción adjetiva al Derecho escrito y no escrito del Estado con efectiva protección de los derechos humanos en plena armonía con las proclamas de la Revolución francesa.

B. La incidencia positiva y negativa de los “principios generales del Derecho” a partir de la interpretación del Consejo de Estado en relación con el Derecho de la Constitución

Sin duda el desarrollo de la jurisprudencia administrativa francesa posibilitó complementariamente un riquísimo engranaje de construcción lógica a través de los “principios generales de Derecho” que, al igual que en Costa Rica, tienen rango de ley, en caso de suplencia – no así insuficiencia – del Derecho escrito, lo que no solo ha sido norma consagrada del Derecho Administrativo por disposición de la LGAP (artículo 7) sino incluso por nuestro Derecho Civil (artículo 4 del Código).

De tal manera que no podemos excluir de este análisis algunas referencias puntuales sobre estos principios generales que son parte de la universalidad del Derecho cuya sustancia de valor tiene soporte filosófico, por lo cual Derecho y Filosofía se entremezclan necesariamente sin ser materias excluyentes.

Como dice un distinguido autor: “el jurista, a diferencia del leguleyo, no puede darse por satisfecho con lo que en la ley está escrito; sino que debe además investigar su fundamento intrínseco... Una jurisprudencia desprovista de elementos filosóficos sería- según el ejemplo que Kant toma de la antigua fábula – semejante a una cabeza sin cerebro”.⁹

En efecto, la literalidad de la norma escrita es insuficiente para encontrar su sentido y alcance, sobre todo cuanto el Derecho escrito y no escrito -insisto- deben encontrarse en un punto central de humanitarismo viviente, en evolución conceptual y material por el disfrute y protección de los derechos humanos. Esta dimensión de valor desde y para la persona y su entorno mediato e inmediato, posibilita resaltar la marcada diferencia –y distancia – entre los Estados de Derecho respecto a los estados autocráticos, sean éstos autoritarios o totalitarios.

Así, los principios generales del derecho permiten arribar al espíritu de la norma como valor inserto en cada texto como parte de su contexto histórico y materialmente definible; o acaso, para impulsar y fundamentar el ataque contra aquellas

9- BÉNOIT, Francis Paul: *Le Droit Administratif Français*, Dalloz, 1968, pp.671 y ss.

disposiciones normativas contrarias a los valores y fines (*telos*) que hacen posible la existencia del Estado de Derecho. Por ello los principios generales del Derecho no solo sirven para aclarar y precisar el contenido sustancial y rector de la norma escrita, sino para contradecir e impugnar la normativa o aquellas disposiciones opuestas a la dimensión *dikelógica* que, en actividad y organización, define al Estado de Derecho. De ahí la importancia de su existencia y reconocimiento positivo, a fin de que tales principios no pasen de ser simples proclamas iusnaturalistas, poéticas o metafísicas, sin efecto vinculante para los operadores del Derecho, e incluso, deben ser fuente de inspiración para la creación o derogación parcial o total de la legalidad existente; siempre bajo el principio de la obligada subordinación al Derecho de la Constitución en el Estado Constitucional que mantiene su propia riqueza de principios desde, por y para la democracia real o efectiva. Como apunta un autor: “Un principio general del derecho es el resultado de un análisis y de una decisión. El juez comienza por extraer la esencia de las reglas jurídicas existentes; por ejemplo, del conjunto de los textos vigentes él extrae la idea de que los particulares deben estar en situación de igualdad frente a los servicios públicos. Una vez formulada la idea el juez decide que es conveniente asegurar su acatamiento como norma. El análisis efectuado y la decisión adoptada han dado nacimiento a un principio general de derecho”.¹⁰

Ahora bien, es de hacer notar que este concepto inicialmente dio a luz en los arrêts Roubéau del Consejo de Estado, tanto en el de 7 de marzo de 1911 como en el de 9 de mayo de 1913, lo que contribuyó para que el juez limitara efectivamente el ejercicio de las potestades administrativas en Francia, favorable a su estabilidad social y política y al desarrollo de su Derecho constitucional. Ciertamente, este Consejo no solo consolidó e impulsó para otras legislaciones e inspiraciones dogmáticas comparadas la aceptación complementaria de los principios generales del derecho - aun siendo en posición supletoria del derecho escrito - sino que, desde principio del siglo XX, forjó una rica proliferación de principios que han servido con abundancia para el juez administrativo y para el de orden jurisdiccional. Pensemos, a manera de ejemplo, en principios tan importantes y elementales en estos días como los de la irretroactividad de las normas o el de la continuidad de los servicios públicos; o bien el de la igualdad

10- AUBY Y DRAGO; *Contentieux Administratif*, 1 Edición, tomo III, p.23-

de éstos antes los administrados, clientes o usuarios; cuyas primicias conceptuales estuvieron contenidas en sentencias condenatorias por la interposición de recursos por excesos de poder a fin de que los afectados y legitimados pudieran resarcirse por los daños sufridos en sus patrimonio o bienes tutelados jurídicamente. Con precisión doctrinal se dice: “El riesgo era grande, entonces, de ver a la Administración escapar a los principios fundamentales de nuestra sociedad política, a los cuales la Administración había estado sometida anteriormente por intermedio de la ley que había sido, generalmente, reflejo de aquellos principios fundamentales de nuestra sociedad política, a los cuales la administración había estado sometida anteriormente por intermedio de la ley que había sido, generalmente, reflejo de aquellos principios. El llamado a la noción de los principios generales de derecho ha sido para el juez el medio de evitar la materialización del señalado riesgo. El ha estimado que podía legítimamente someter la Administración no sólo al respeto de la ley –lo que se revelaba, actualmente, una vinculación suficiente–, sino, además, al respeto de los principios que habían guiado al Poder Legislativo en el conjunto de sus decisiones, principios que se podían extraer, por medio del método jurídico, del conjunto de leyes existentes. Se trataba, dentro del más alto deseo e inquietud de legalidad, de someter la Administración a la voluntad implícita del legislador luego de haberla sometido, durante largo tiempo, a la voluntad explícita de aquél”.¹¹

Sin embargo, la doctrina francesa más autorizada ha criticado que, a partir de las mutaciones o adaptaciones constitucionales que ha sufrido la actual Constitución de la V República (1958), al igual que lo sucedido con la anterior Constitución (1946), se trastocó negativamente la necesaria unidad de tratamiento de los principios generales del Derecho, para incluir toda una gran gama de temas y consideraciones que redundarían en conceptos y ejecuciones

11- AUBY Y DRAGO, “La noción de principios generales de derecho ha perdido, a consecuencia de las mutaciones constitucionales de 1946 y 1958, la unidad que había sido esencialmente su característica. Hoy en día, cuando se refiere a los principios generales de derecho, la referencia alude a reglas que pueden ser de naturaleza y de alcance muy variables. Esto hace que la clasificación de estos principios se haya hecho indispensable, a riesgo, en caso contrario, de incurrir en graves confusiones. Existen, según nosotros, tres categorías: los principios generales constitucionales, los principios generales legislativos y los principios generales parlamentarios”. En efecto, “antes de 1985, como también después, el Gobierno debe respetar los principios generales de derecho, porque estos principios tienen un valor jurídico superior a las reglas que emanan del Poder Ejecutivo. Este valor era tenido anteriormente como legislativo; él debe actualmente ser tenido como constitucional, pero, antes como después de 1958, esta distinción es indiferente para el juez administrativo.”, *ibid.*

equivocas o confusas contra la rigurosidad científica y técnica, como contra la seguridad jurídica francesa.¹²

Ciertamente, con la repartición de competencias entre el Ejecutivo y el Legislativo el Consejo de Estado comenzó a cercenar las competencias del Ejecutivo que en modo alguno dimanaban del texto y contexto constitucionales por su alcance extensivo; lo que se hace a partir de la interpretación de los principios generales del Derecho en forma antagónica al legítimo ejercicio de la potestad gubernativa para proceder con el dictado de los decretos y ordenanzas que se adentran – en criterio de un sector de la doctrina – en la esfera de los actos de gobierno y no así en los actos estrictamente administrativos (artículos 4 y 37 de la Constitución). Con esta adhesión material, por la interpretación subjetiva, el Consejo de Estado – se dice – ha desnaturalizado y violentado el Derecho de la Constitución en perjuicio de la esfera competencial del Ejecutivo. Al respecto señala el profesor Bénait: ¹³ “Se deduce de la actitud señalada que la voluntad del Consejo de Estado consistente en imponer al Gobierno el respeto de los principios generales de derecho disfraza una opción política: se trata de limitar las atribuciones reglamentarias del Gobierno a simples detalles o minucias y de impedirle modificar lo que es esencial, lo cual debe permanecer inmutable. Se trata entonces de una política que es al mismo tiempo hostil al desarrollo,

12- Del autor, op. cit pp. 67ly ss. En análoga postura crítica se encuentra Georges Morange ; así, : Une catégorie juridique ambiguë: les principes généraux du droit, en Revue de Droit Public et de la Science Politique, julio-agosto 1977.

13- “Considerando que la acción intentada por el señor Blanco contra el prefecto del departamento de la Gironda, representante del Estado, tiene por objeto hacer declarar al Estado civilmente responsable, por aplicación de los arts. 1382, 1383 Y1384 del Código Civil, del daño causado por las heridas que su hija habría experimentado por el hecho de obreros empleados por la Administración de Tabacos;

“Considerando que la responsabilidad que puede incumbir al Estado por los perjuicios causados a los particulares por el hecho de personas que él emplea en el servicio público, no puede estar regida por los principios que están establecidos en el Código Civil, para las relaciones de particular a particular;

“Que esta responsabilidad no es ni general ni absoluta; que ella tiene sus reglas especiales que varían según las necesidades del Servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados;

“Que, en consideración a los términos de las leyes más arriba indicadas, la autoridad administrativa es la única competente para conocer...” (fallo de conflictos confirmado).

“El arrêt Blanco afirma la autonomía del Derecho administrativo de la responsabilidad en relación a las reglas contenidas en el Código Civil. A pesar e a semejanza de las jurisprudencias administrativa y ordinaria sobre ciertos puntos (ver C. E., 11 de mayo de 1928, Rucheton; 2 de marzo de 1947, Compagnie générale des eaux et Dame Vve. Aubry; 18 de noviembre de 1949, Mimeur; 24 de noviembre de 1961, Ministre des travaux publics c. consorts Letisserand), este principio continúa vigente, como lo demuestran las decisiones recientes del Consejo de Estado y de la Corte de Casación, que retoman los mismos términos del arrêt Blanco (C. E., 13 de diciembre de 1957, Trottier; casación criminal, 25 de enero de 1961).

Esta autonomía ha tomado un nuevo sentido; si ella implica todavía en ciertos casos, en conformidad con la fórmula originaria del arrêt Blanco, reglas menos favorables para los particulares que las que habrían resultado de la aplicación del Código Civil (exigencia de una falta grave, por ejemplo), ella conlleva con creciente frecuencia el reconocimiento de la responsabilidad de la Administración en situaciones en las cuales el Derecho civil no habría permitido dar satisfacción a la víctima (C. E., 13 de diciembre de 1957, Trouttier, precitado; casación civil 23 de noviembre de 1956, Trésor public c. Giry”).}

mejor dicho, al ejercicio de las competencias del Gobierno y fundamentalmente conservadora. Resulta evidente que allí hay una actitud inadmisibles: los jueces no pueden oponer sus personales concepciones a las soluciones adoptadas por la Constitución para regular el problema de la repartición de competencias normativas entre el Parlamento y el Gobierno. Al imponer el respeto de los principios generales de derecho al Gobierno, el Consejo de Estado se arroga un poder normativo superior que él opone a las competencias efectivamente conferidas al Gobierno por la Constitución Política. Los principios generales de derecho conducen, entonces, a un desconocimiento de la Constitución por parte del Consejo de Estado con el objeto de hacer respetar sus decisiones personales, esto es, de imponer al Gobierno sus puntos de vista personales”.

En otros términos, el Consejo de Estado, con el abuso de la interpretación y aplicación de los principios generales del Derecho, sin mayor unidad y rigurosidad en su tratamiento sustancial y teleológico, ha pasado por encima de las competencias dispuestas en la Constitución en propio beneficio y en detrimento de las competencias del Ejecutivo para la adopción o dictado de actos administrativos y actos de gobierno; con realce de aquellos en perjuicio de éstos y, así, actuándose de manera contraria al legítimo - se dice - reconocimiento de competencias para el ejercicio de potestades estrictamente políticas.

En síntesis parcial: según la referida crítica doctrinal y positiva, se daría la aplicación de los principios generales del Derecho de manera contraria al Derecho de la Constitución y, por ello, entonces, ajena a la naturaleza y fin de tales principios que deben estar acorde y subordinados al Derecho primigenio de la Norma Fundamental en el Estado de Derecho.

II. LA UBICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DAÑOS OCASIONADOS POR EL FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL, LÍCITO O ILÍCITO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Un principio se impone como axioma de justicia compartida desde el equilibrio entre la potestad del Estado y los derechos subjetivos del particular; también entre la ejecución por conducta administrativa o estatal en general y el

perjuicio causado por tal ejecución. Así, este principio de equilibrio y de conciliación de potestades públicas y derechos ciudadanos es la fuerza nuclear y expansiva del sistema de la responsabilidad extracontractual en Francia, el cual tuvo origen –se insiste– en el fallo del Tribunal de Conflictos de fecha 8 de febrero de 1873. En efecto, mediante el *arrêt Blanco*¹⁴ se definió el marco competencial de los tribunales ordinarios y de los tribunales administrativos para determinar la responsabilidad del Estado por aquellos daños causados en su funcionamiento contra las esferas protegidas y privadas de los administrados. A esto se agrega la aplaudida determinación de darle plena autonomía al Derecho Administrativo respecto al Derecho Civil. En efecto, a partir del citado pronunciamiento del Consejo de Estado se concluyó en que el clásico régimen civil quedaba excluido para determinar la responsabilidad del Estado por daños producidos por el funcionamiento de los servicios públicos, regulados por normativa distinta y especial, a lo que se suma la permanente presencia estatal en actividades no ya solo de policía que es propio del siglo XIX, sino por su marcada intervención en las distintas esferas de la actividad social y económica. Ello para dar forma y contenido al posterior Estado benefactor o intervencionista (para algunos es Estado de malestar) en los procesos productivos, para convertirse en Administración Pública paternalista – también maternal – con la mano visible – no ya invisible – en la distribución y redistribución de la riqueza. Esta realidad en modo alguno contradice o excluye al Estado de Derecho que encuentra su complemento histórico con el Estado Social y Democrático.

Tal injerencia estatal apareja la libertad desde el Estado por medio de disposiciones normativas desreguladoras y contraloras a favor del desenvolvimiento

14- Dicen respectivamente los artículos 190, 191 y 194 íbid: Artículo 190: “1. La Administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero.

2. La Administración será responsable de conformidad con este artículo, aun cuando no pueda serlo en virtud de las secciones siguientes de este Capítulo, pero la responsabilidad por acto lícito o funcionamiento normal, se dará únicamente según los términos de la Sección Tercera siguiente.”

“Artículo 191.-

La Administración deberá reparar todo daño causado a los derechos subjetivos ajenos por faltas de sus servidores cometidas durante el desempeño de los deberes del cargo o con ocasión del mismo, utilizando las oportunidades o medios que ofrece, aun cuando sea para fines o actividades o actos extraños a dicha misión.”

“Artículo 194.-

1. La Administración será responsable por sus actos lícitos y por su funcionamiento normal cuando los mismos causen daño a los derechos del administrado en forma especial, por la pequeña proporción de afectados o por la intensidad excepcional de la lesión.

2. En este caso la indemnización deberá cubrir el valor de los daños al momento de su pago, pero no el lucro cesante.

3. El Estado será responsable por los daños causados directamente por una ley, que sean especiales de conformidad con el presente artículo”.

de la actividad del mercado de la oferta y demanda; por lo cual se hace instrumento de protección y disfrute de libertades y derechos fundamentales, sin ser válido ni aceptable la irresponsabilidad del Estado por los daños causados en la prestación de los servicios públicos, sea por su funcionamiento normal o anormal, legal o ilegal por la igualdad jurídica que otorga el derecho a la ciudadanía de no tener que soportar actos discriminatorios contra sus patrimonio y bienes sin indemnización alguna; antes bien por el contrario, la igualdad y la seguridad imponen el restablecimiento o el pago por indemnización, a fin de equilibrar la afectación en el ámbito social, sin tratamientos discriminatorios.

Unido a la responsabilidad administrativa con deber indemnizatorio, se refuerza la necesidad de buscar y encontrar en la dinámica jurídica los principios para la efectiva y pronta ejecución reparadora. Para lo cual se requiere que la reclamación por daños esté suficientemente motivada; con el acto jurídico que concrete el despliegue de la responsabilidad objetiva de la Administración; la identificación precisa del afectado y la precisión de la cuantía objeto de cobro o, al menos, las bases seguras y firmes para la determinación rigurosa y real del monto a indemnizar.

Un principio es básico: quien reclama debe demostrar la veracidad de la lesión o el daño sufrido en su esfera jurídica protegida, sin que tenga el deber de soportar el peso de la afectación por la conducta originaria, exclusiva y consecuente del funcionamiento de un servicio público que equivale a actividad o conducta administrativa. En nuestro sistema positivo la LGAP dispone en su artículo 190 que la Administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, lícito o ilícito, normal o anormal¹⁵; por lo cual sigue el principio de la responsabilidad objetiva; ante lo que la ilicitud tiene nexo con la violación del ordenamiento jurídico – escrito y no escrito – a diferencia de la actuación normal o anormal que tiene ligamen con criterios técnicos de eficacia y eficiencia (o de ineficacia e ineficiencia) en relación con las circunstancias objetivas o con el tiempo y espacio del desenvolvimiento administrativo que se enmarca en el uso del lenguaje indeterminado, para que sea el juez con su ciencia y experiencia quien valore y determine la naturaleza y alcance de lo acontecido con normalidad o anormalidad, por medio de las conductas que pueden ser de

15- Sentencia N° 113 16 horas del 11 de octubre de 1995; en semejante lineamiento vid. la sentencia No. 132 de las 15 horas del 14 de agosto de 1991

ejecución u omisión, sea de forma total o parcial en perjuicio de los administrados. Valga aquí entonces hacer referencia complementaria a la discrecionalidad administrativa que, conforme al artículo 16 íbid, no debe la Administración dictar actos contrarios a los criterios de la técnica; a las reglas unívocas de la ciencia ni a los principios elementales de justicia, lógica o conveniencia; incluyéndose - por la reiterada jurisprudencia constitucional - los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídicas.

Ha dispuesto la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia¹⁶: “Nuestra Ley General de la Administración Pública N° 6227 de 2 de mayo de 1978, vigente desde el 26 de abril de 1979, conforme lo señala la sentencia de esta Sala N° 81 del año 1984, al resolver la polémica sobre su vigencia, en el Título Séptimo del Libro Primero recogió los principios más modernos, fundados en la doctrina y jurisprudencia más autorizada, sobre la responsabilidad extracontractual de la Administración, para establecer así la responsabilidad directa del Estado sin necesidad de probar previamente que el daño se produjo por culpa del funcionario o de la Administración, exigiendo para la procedencia de la indemnización que el daño sufrido sea efectivo, evaluable e individualizable en relación con una persona o grupo -artículo 196-. Estableció que la Administración sería responsable por todos los daños que causara su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero -artículo 190-; y la obligación de

16- Al respecto la Sala Primera ha insistido en lo siguiente: “(...) IV.- Responsabilidad Objetiva. La responsabilidad civil extracontractual de la Administración Pública, se enmarca, por tanto, dentro de un régimen objetivo, que engloba en su fundamento tanto la teoría del riesgo, cuanto la teoría del equilibrio en la ecuación patrimonial. Con ello se procura esencialmente, la reparación indemnizatoria a quien ha sufrido una lesión atribuible a la organización pública como centro de autoridad. Este criterio finalista produce a su vez, una transformación plena en el eje central de la responsabilidad misma, pues abandona la observación analítica del sujeto productor del daño y la calificación de su conducta, para ubicarse en la posición de la víctima que, menguada en su situación jurídica, queda eximida en la comprobación de cualquier parámetro subjetivo del agente público actuante (salvo en lo que a su responsabilidad personal se refiere). Esto ocasiona, sin duda, un giro en el enfoque mismo de su fundamento, ya que habrá responsabilidad de la Administración siempre que su funcionamiento normal o anormal, cause un daño que la víctima no tenga el deber de soportar, ya sea patrimonial o extra patrimonial, con independencia de su situación jurídica subjetiva y la titularidad o condición de poder que ostente, cumpliendo claro está, con el presupuesto imprescindible del nexo causal. A partir de allí, es patente la reversión de los componentes y los efectos del instituto en pleno. Tanto los presupuestos esenciales como la carga de la prueba, adquieren por ejemplo un nuevo matiz, que libera al afectado no solo de amarras sustanciales sino también procesales, y coloca a la Administración en la obligada descarga frente a los cargos y hechos que se le imputan. (...)” Voto 584-05.

17- Dispone el artículo 1: “1) La Jurisdicción Contencioso-Administrativa, establecida en el artículo 49 de la Constitución Política, tiene por objeto tutelar las situaciones jurídicas de toda persona, garantizar o restablecer la legalidad de cualquier conducta de la Administración Pública sujeta al Derecho administrativo, así como conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico-administrativa.; 2) Los motivos de ilegalidad comprenden cualquier infracción, por acción u omisión, al ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.” Por su parte el artículo 2 inciso e), señala que la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Civil de Hacienda, conocerá entre otros asuntos de las “conductas o relaciones regidas por el Derecho Público, aunque provengan de personas privadas o sean éstas sus partes.” Y el numeral 36 inciso f) dispone con globalidad controladora que la pretensión procesal será admisible en relación con: “Cualquier otra conducta sujeta al Derecho Administrativo.”

reparar todo daño causado a los derechos subjetivos ajenos por faltas de sus servidores cometidas durante el desempeño de los deberes del cargo o con ocasión del mismo, utilizando las oportunidades o medios que ofrece, aun cuando sea para fines o actividades o actos extraños a dicha misión - artículo 191¹⁷.

Asimismo de conformidad con los artículos 1; 2 inciso e) y 36 inciso f) del Código Procesal Contencioso Administrativo existe un amplio control sobre las conductas de la Administración y las relaciones jurídicas administrativas, para proteger el ámbito de los intereses legítimos y los derechos subjetivos ciudadanos, o mejor aún, las situaciones jurídicas protegidas de los administrados, lo que nunca podría excluir, invalidar ignorar en el Estado de Derecho, el régimen de responsabilidad patrimonial administrativa.¹⁸

III. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS Y DEFINITORIOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL ADMINISTRATIVA

No habría coherencia, en principio, entre el conocimiento y juzgamiento de las relaciones jurídico administrativas, sin la incorporación expresa del régimen de responsabilidad administrativa, que versa sobre la debida subsanación de las afectaciones patrimoniales imputables a la Administración, distinto del régimen de expropiación forzosa en el que se confirma el supuesto de la inmisión directa en el derecho de propiedad privado, a diferencia de la responsabilidad patrimonial, donde se da la inmisión indirecta. No cabe duda entonces de la trascendencia de su incorporación en la legislación positiva, entre ésta, la jurisdicción contencioso administrativa. Este mecanismo procesal es parte del sistema de garantías de protección del patrimonio y de bienes privados inmateriales que tienen a su favor los administrados frente a la Administración por actuaciones legítimas o ilegítimas, normales o anormales, salvo que sea por fuerza mayor, culpa de la víctima o por hecho de un tercero (artículo 190,1 LGAP); como profundizaremos, sin perjuicio de hacer aquí un marcado razonamiento previo. En efecto, en nuestro sistema jurídico se siguió un lineamiento universalmente aceptado para la exigente de responsa-

18- Ciertamente, como dato de importancia histórica, la voluntad manifiesta del constituyente originario en nuestra Constitución de 1949, fue defender a ultranza la Constitución civilista (a favor de los ciudadanos en democracia) para evitar el centralismo desde el ejercicio de las potestades públicas (centralización autoritaria), lo que estuvo claramente presente en la anterior Constitución de 1871, aunque fuese ésta de corte liberal y de contenido social, por la incorporación de las reformas sociales de los años cuarenta.

bilidad sobre la base de la fuerza mayor que implica aquella fuerza extraña al autor del daño y a la actividad que produce el perjuicio, siendo imprevisible en su realización e irresistible en sus efectos. O aún incluso, se ha llegado a aceptar la hipótesis de poderse estar ante un hecho previsible pero inevitable, dado el desarrollo de la ciencia y la técnica para la previsión de fenómenos naturales que en sí mismos son inevitables pero que, sin duda, permiten, en principio, la adopción de medidas de salvación o, al menos, de atenuación de daños y perjuicios. La falta o culpa de la víctima no exonera totalmente de responsabilidad a la Administración, salvo que el perjuicio ocasionado le sea imputable exclusivamente a la víctima, sea por dolo o culpa grave de éste, sin que el simple conocimiento por parte del administrado de la ilegalidad del acto o la conducta, constituya un elemento necesario para la eximente de responsabilidad.

En relación con el hecho de un tercero se confirma el rompimiento frontal con el principio de causalidad que debe darse entre la conducta ilegítima y el daño ocasionado, el cual a su vez debe ser efectivo y actual, individualizable respecto a una persona o grupo, y económicamente evaluable o apreciable. Por el daño de un tercero se da la con-causa con la conducta administrativa, sin causalidad exclusiva y excluyente con ésta, o simplemente se estaría ante la causa ajena por hecho de un tercero en la producción del daño no imputable a la Administración. En punto a la actuación normal o anormal de los servicios públicos resulta difícil de determinar y deslindar con rigurosa precisión, para lo que debemos incorporar no sólo el desarrollo de la jurisprudencia sino también el de la doctrina, como fuentes para la seguridad de la pretensión y demostrativa en referencia con el necesario nexo causal entre el servicio (causa) y el daño (efecto). Entre las hipótesis que confirman la actuación anormal del servicio, estaría la mala organización del servicio; la falta de funcionamiento o el funcionamiento insuficiente, tardío o inadecuado.

En semejante tesitura sustancial, la fallida Constitución europea, en su largo listado de los derechos fundamentales, incluyó el “derecho a una buena administración”, lo cual hizo expreso lo que en mucho es implícito o derivado en distintos textos constitucionales e infra constitucionales comparados, por lo cual, al adherirse al gran elenco de los derechos fundamentales, se amplió el fuero de protección jurisdiccional y en especial, en la vía de amparo y de inconstitucionalidad, sin perjuicio de otras jurisdicciones orientadas y subordinadas al Derecho de la Constitución.

De tal manera que, una buena administración es un buen servicio público en doble sentido: de un lado se incluye al conjunto de las administraciones públicas o de las conductas que, sin estar en tales administraciones, realizan funciones administrativas. Del otro lado, estaría aquél servicio que directa o indirectamente presta el Estado o la Administración Pública, con cargo al erario aunque no siempre esté incluido en las leyes de presupuesto (ordinario y extraordinario). Entran también aquí en escena los distintos presupuestos públicos de los entes descentralizados, los cuales forman parte del clamor constitucional por evitar la centralización del Poder Ejecutivo, aun con todas sus penas de intervención política y legal en perjuicio de la misma descentralización.¹⁹ Por ello, nuestra Constitución, como bien lo indicó el voto constitucional número 04-006216- 0007-CO regula algunas veces de forma precisa y otras reflejamente los principios del servicio público, con agregado – a los ya indicados conforme a la LGAP – de la razonabilidad, proporcionalidad, eficacia, simplicidad y celeridad, por lo cual los artículos 139 inciso 4 (“buena marcha del gobierno”); 140 inciso 8 (deber del Ejecutivo en “vigilar el buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas”) y 191 (“eficiencia de la administración”) confirman tal inclusión. El citado voto, entonces, delimita con precisión técnica y conceptual la eficacia administrativa, la que debe ir aparejada de la planificación y la rendición de cuentas; siendo la eficiencia un principio que implica la obtención de resultados al menor costo y con simplicidad de actuación para los administrados, usuarios y clientes de los servicios sin procedimientos engorrosos que enturbian el entendimiento y la recta razón en plena contradicción con mecanismos simples, expeditos, ágiles y acertados.

Puntualizado lo anterior, la responsabilidad, se insiste, es objetiva, sin que se requiera la voluntad subjetiva de lesionar, ni siquiera la participación de un sujeto en la producción del daño. Existen principios de aceptación universal para la procedencia de la responsabilidad patrimonial administrativa, recogidos también en el artículo 196 íbid, a saber: a) que se haya producido efectivamente el daño en la esfera de bienes o derechos del ciudadano, por lo que no sería procedente si se está ante la amenaza potencial o en la mera expectativa de confirmación; b) que el daño sea evaluable económicamente; c) que el daño sea individualizable con relación a una persona o grupo de personas. Así, entonces, la responsabilidad se le imputa

¹⁹- En semejante lineamiento vid. VEDEL, Georges, *Derecho Administrativo*, PUF, París 1968, pp. 327 y 329. Asimismo, Waline en op. cit., p. 856

directa y objetivamente a la Administración como persona jurídica, ante lo cual la Administración activa puede repetir lo pagado contra el funcionario que, directa o indirectamente, haya producido el daño desde la estructura organizacional y activa de la Administración (en principio doctrinal sin prescripción de plazo), que en nuestro ordenamiento jurídico es de 4 años, desde que se tenga conocimiento del hecho dañoso (artículo 198 íbid).

En esta misma línea de pensamiento, hemos de suponer la posible existencia de algún hecho que pueda producir distintos daños; una especie de concurso material de consecuencias a partir de una misma conducta administrativa, sin que necesariamente sean concurrentes en el tiempo y espacio, es decir, se produzcan en momentos y delimitaciones espaciales distintas. De esa forma la posible prescripción no corre de manera diferente para cada consecuencia, sino a partir del día siguiente hábil desde que el daño ha aparecido en toda su extensión, contundencia y trascendencia.

En esta misma tesitura, no podríamos dejar de mencionar la posible responsabilidad concurrente cuando dos o más administraciones son copartícipes de la actuación que genera daño patrimonial. Este principio claramente se deriva de la dinámica administrativa, cada vez más compenetrada en actuaciones compartidas, donde las administraciones central y descentralizadas, institucionales o territoriales, coadyuvan en la ejecución de propuestas o proyectos comunes.

Nuestro sistema positivo, por virtud del artículo 194,3 íbid, deja abierta la posibilidad de la responsabilidad del Estado por acto legislativo que cause daño patrimonial, con las características y eximentes antes referidas, lo que se incorpora al régimen de impugnación y pretensión en sede contencioso - administrativa.

De manera complementaria a lo expuesto, cabe también la responsabilidad directa de los funcionario públicos en la dimensión subjetiva, es decir, por dolo o culpa grave bajo las modalidades señaladas en el artículo 199 íbid, a lo que podría sumarse la responsabilidad solidaria de la Administración por daños causados por sus funcionarios (artículo 201 íbid), lo que en modo alguno excluye a los funcionarios de hecho, por cuanto los actos de éste “serán válidos aunque perjudiquen al administrado y aunque éste tenga conocimiento de la irregularidad de la investidura de

aquél” (artículo 116,1 íbid) Presunción de validez, claro está, que sufre su obligado revés conforme al régimen de la nulidad absoluta que prohíbe tal presunción y su respectiva ejecución (artículo 160 íbid).

IV. REFORZADA REFERENCIA A LOS ELEMENTOS CONFIGURANTES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL ADMINISTRATIVA

A. La falta como factor causante y sus diversas manifestaciones

En términos generales podríamos decir²⁰ que la falta constituye cualquier incumplimiento de las obligaciones del servicio contrario al principio de legalidad, sea por acción, omisión, negligencia o por la carencia del servicio cuando éste deba darse. Sin embargo no siempre es nítida y precisa la determinación objetiva de la existencia de la falta de servicio, por lo cual un destacado sector de la doctrina señala lo siguiente:²¹ “El Tribunal de Conflictos ha juzgado que cuando se presenta una dificultad seria y pertinente acerca de la relación del accidente con las funciones propias del agente público, el juez ordinario debe decretar un receso y remitir el asunto a la jurisdicción administrativa para determinar el punto relativo a si el agente público debía ser considerado como encontrándose en el ejercicio de sus funciones”. En lo que respecta a la conducta para ser considerada de falta, deben darse no solo la real decisión administrativa sino que ésta sea ilegal o anti-jurídica;²² es decir, violatoria del principio de legalidad como sujeción objetiva al ordenamiento jurídico escrito y no escrito; sin que por ello toda conducta deba ser considerada falta, ante el amplio abanico de posibilidades que puedan desplegar las actuaciones y omisiones antijurídicas de la Administración, las que no siempre constituyen faltas de servicio. Esto nos lleva a la necesaria diferencia – no siempre desarrollada por la doctrina ni por la jurisprudencia contencioso – administrativa comparada – entre la lesión y el daño, los que no son conceptos iguales.

20- VEDEL, en op.cit, íbid.

21- En tal perspectiva, vid. Odent, en op. cit., pp. 922 y 923, que dice: “Una decisión administrativa no puede constituir una falta si no se reúnen las siguientes condiciones: a) de una parte, es necesario que se trate de una verdadera decisión, y b) es preciso, de otra parte, que esta decisión sea ilegal, puesto que una decisión legal jamás podrá constituir falta...En estas materias, la jurisprudencia no se ha conformado con la adopción de un criterio abstracto y uniforme; ella se ha rehusado a confundir ilegalidad y falta y si las decisiones administrativas no pueden comprometer la responsabilidad del Poder público sino a condición de ser ilegales, el Consejo de Estado distingue entre la falta propiamente dicha, susceptible de comprometer la responsabilidad de la Administración, y el error de apreciación, el error de derecho o la irregularidad de forma que pueden no ser constitutivas de una falta de servicio público”.

22- Vid. del autor op. cit., p. 327.

Efectivamente, con las conductas administrativas pueden ocasionarse perjuicios o daños a los administrados sin ser resarcibles, como cuando se cobran tributos; o cuando se imponen normas para la restricción vehicular; o cuando se deniegan autorizaciones administrativas por la inexistencia de derechos preconstituidos; ante lo cual, en principio, no cabría la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Ahora bien, la lesión sin duda constituye daño, pero es de naturaleza cualificada, por cuanto técnicamente se dan dos elementos de clara referencia caracterizadora, a saber: en primer lugar, se impone la necesidad de que exista afectación patrimonial que debe ser objeto de resarcimiento; y, en segundo término, no se da la obligación de que el afectado deba soportar tal carga por la inexistencia de causas que legitimen esa lesión y sus consecuencias.

De tal manera que toda lesión es daño, pero no todo daño es lesión, ya que no todo daño debe ser objeto de resarcimiento; siendo así que la lesión desaparece ante la existencia de causales que legitimen el perjuicio. Es más, se podría constatar la hipótesis de que aun sin lesión no por esto desaparecería el simple daño sin derecho a resarcimiento alguno.

A I. La falta de servicio

El Consejo de Estado dejó la teoría de los actos de autoridad o gestión para ser relacionados con la eventual responsabilidad del Estado, deduciéndose que los actos administrativos pueden ser causantes de tal responsabilidad por la falta de servicio público, ante lo cual se elaboró, con la precisión del caso, la teoría de la falta de servicio, distinto de la falta personal o funcional por errores, omisiones o negligencia de la Administración causantes de daños cualificados o lesiones.

Sin duda alguna, la doctrina dominante coincide en que se da la falta de servicio si la conducta administrativa no solo es perjudicial sino también impersonal o abstracta dejando en evidencia que ha actuado sujeta a error, en mayor o menor medida. Y la falta personal denota las debilidades, pasiones e imprudencias humanas desde el ejercicio de la función pública o con ocasión de ésta; con extralimitación de atribuciones para el cometido de la falta. Así, según Vedel²³ “la

23- Vid del autor, op. cit.

falta de servicio consiste en toda falta o incumplimiento a las obligaciones del servicio. La falta puede consistir en una acción como también en una abstención; en una actuación voluntaria como en una imprudencia o en una equivocación o en una torpeza. Ella puede estar constituida por una decisión ejecutoria como por una simple operación material. Ella puede consistir en un defecto de la organización del servicio como igualmente en una falta en su funcionamiento” (op. cit., pág. 327). Para Odent: “hay falta de servicio cada vez que el servicio público ha funcionado mal, ha funcionado prematura o tardíamente o no ha funcionado en absoluto; cada vez que sus agentes han desconocido su competencia; las reglas concernientes a su actividad, se han declarado culpables de falta o han cometido imprudencias o negligencias”.²⁴

Podríamos entonces decir, en términos generales, que la falta de servicio se da cuando el servicio público no ha actuado eficiente y eficazmente o acaso lo hizo de manera incompleta, tardía o con omisiones; siendo así que debe darse la directa, inmediata y exclusiva relación de causalidad entre la falta y los efectos perjudiciales y reales, no así presuntivos o hipotéticos que imponen la debida e individualizada indemnización que por demás ha de ser económicamente evaluable, cierta y precisa.

A II. La falta separable y la falta no separable

La falta separable es cuando se compromete la responsabilidad del funcionario sin confundirse con la responsabilidad del servicio como si fueran una sola unidad indisoluble. Sin embargo, existen conductas oprobiosas y materiales de la Administración que, como bien indica el profesor Waline, no deberían dar espacio alguno para que los funcionarios públicos queden eximidos de la responsabilidad civil – en su propio peculio– sin importar si se está o no se está ante la falta separable o no separable. Cita este autor dos supuestos de gran importancia para el control del devenir administrativo, a saber: a) cuando se afecta la libertad individual y, b) cuando existan vías de hecho.²⁵

²⁴- Existen dos hipótesis en la cuales el carácter separable o inseparable de la falta es o debería ser indiferente para accionar civilmente en contra del agente público. Ellas son: a) cuando se produce una violación de la libertad individual, y b) cuando tiene lugar una vía de hecho”.

²⁵- Sostiene el profesor VEDEL “Es la actividad en si misma en su dimensión concreta y no el Servicio en su conjunto la que determina la naturaleza de la falta capaz de comprometer la responsabilidad del Poder público”. Op. cit., pp. 327 y 329.

Empero podríamos hacer dos observaciones complementarias: en primer lugar, no debiera ser solo atendible tal responsabilidad civil con la afectación de las libertades individuales, ya que también las libertades sociales forman parte del elenco obligado del respeto de los derechos humanos, incluyéndose en Francia, por adhesión del Preámbulo –insisto– de la Constitución de 1946 en la vigente Constitución de la República. Tales derechos sociales han dejado de ser meras apreciaciones programáticas para constituirse en verdaderos y eficaces derechos blindados que aun aplicados mediatamente, cuando las asignaciones y planificación presupuestarias así lo imponen, son de obligado acatamiento; claro está, sin que por ello dejen de darse en la normativa comparada declaraciones formales de buena intención social que inspiran y en ocasiones obligan de la labor parlamentaria, el dictado de aquellas leyes que desglosen su existencia y eficacia jurídicas.

Y siguiéndose ahora con la “falta no separable”, podríamos decir que no puede desligarse del respectivo servicio público, por lo cual queda adherida al conjunto de la falta de servicio y, con ésta, se confirma la responsabilidad del Estado con deber de resarcimiento. Incluso en este punto la doctrina y jurisprudencia francesas ponen el ejemplo práctico a los servicios policiales y hospitalarios donde se requiere en ocasiones que la falta sea grave para imputar la responsabilidad estatal. De tal manera que podría darse el supuesto de la falta de servicio público en necesaria conexión con la falta grave para la existencia de la responsabilidad patrimonial en razón de la actividad específica inmersa en el servicio.²⁶ En intervenciones quirúrgicas, por ejemplo, la falta de servicio está ligada a la falta grave, para los efectos indemnizatorios. Dice el profesor Odent:²⁷ “La responsabilidad casi delictiva del poder público no está comprometida si no interviene una falta imputable a un servicio público administrativo; sin embargo, cualquiera falta no compromete dicha responsabilidad; tal responsabilidad no se pone en juego sino a condición de considerar la naturaleza del Servicio, las condiciones normales en las cuales él debe funcionar, las situaciones a las cuales él ha debido enfrentar, las circunstancias de tiempo y de lugar en las que él se ha enfrentado; el plazo para reflexionar con que él ha contado; la falta cometida es considerada por el juez como suficiente para acarrear la responsabilidad o para retomar las expresiones utilizadas por numerosos fallos, si la falta invocada, dentro de las circunstancias

26- Op. cit., págs. 932 y 933

27- Tribunal de Conflictos, 5 de mayo de 1877, juicio Laumoniel-Carriol

del asunto, es de tal naturaleza como para comprometer la responsabilidad del Poder público. La fórmula empleada es imprecisa; sin embargo, la jurisprudencia se ha trazado directivas generales; ella ha establecido una suerte de jerarquía de faltas: esta jerarquía está fundada sobre el nivel de gravedad de las faltas cometidas y sobre la clasificación de los servicios. La jurisprudencia deduce la naturaleza de la falta que es susceptible de comprometer la responsabilidad del servicio considerado en el caso; dicho de otra manera, la calificación a la que una falta debe corresponder para poder comprometer esta responsabilidad. Al respecto se distinguen generalmente la negligencia, la falta simple y la falta grave; este abanico de la gravedad de las faltas comprendía anteriormente la falta constitutiva de un carácter de manifiesta particularidad y gravedad (4 de Junio de 1943, Dechavassine; 10 e mayo de 1957, Marbais; 18 de abril de 1958 (Argelia con Herzeg) y la falta asimilable al dolo (19 de mayo de 1922, Copenhague; 16 de junio de 1944, Compañía de Seguros El Lloyd Continental Francés). La jurisprudencia ha renunciado a utilizar estas últimas categorías de faltas (21 de diciembre de 1962, Dame Husson-Chiffre; 16 de octubre de 1964, de Lorio)”.

A III. La falta personal

La falta personal se da cuando el servidor público no tiene vínculo alguno con la prestación del servicio, es decir, no actúa como agente bajo el ejercicio de potestades válidas y eficaces y, por esto, se le imputa la falta cometida en forma directa y personal. Ciertamente, la “falta personal es aquella que muestra al hombre con sus debilidades, sus paciones, su imprudencia”.²⁸ En ocasiones podría darse el supuesto de que tal falta personal pueda tener algún elemento de falta separable, con lo cual debe darse el tratamiento riguroso a fin de que la responsabilidad por falta de servicio- en tanto sea posible su verificación cuidadosa y autónoma – permita arribar en la falta de servicio, sin exclusión de la falta personal. Esto confirma la ineludible valoración concreta de cada caso, sin dogmatismo conceptual y prejuiciado en el que no pueden afincarse los criterios absolutos ni preestablecidos.²⁹

28- Dice Waline: “El Consejo de Estado no aprecia la falta en relación con un criterio preestablecido, como sería el caso de la conducta de un buen padre de familia; él examina en cada caso si ha habido o no falta, considerando todas las circunstancias del hecho.” Op.cit., p. 863.

29- Vid del autor, op. cit., pp. 369 y 370.

Y así como en Francia existe la estricta separación de poderes - reitero: aun cuando el Poder del Estado sea uno e indivisible diluido en órganos fundamentales - tendríamos que ubicar objetivamente la falta personal en la esfera de la justicia ordinaria (civil), sin que pueda estar contaminada directa o indirectamente con la falta de servicio ni aun incluso con la falta administrativa o estrictamente funcional; esto a diferencia de la falta de servicio que se adscribe a la Administración Pública y así necesariamente a la justicia administrativa. Como bien precisa el profesor Odent: “El principio de la separación de los Poderes prohíbe a los tribunales ordinarios (la expresión tribunales ordinarios está tomada en el sentido de pertenecientes al Poder Judicial, por oposición a la organización judicial administrativa) conocer sobre faltas de servicio. La autoridad judicial (los tribunales ordinarios) no puede, en consecuencia, conocer de la responsabilidad civil de un funcionario sino en la medida en que esta responsabilidad ha sido comprometida por una falta, la cual no sólo debe ser personal frente al funcionario, sino que además debe ser separable de sus funciones, es decir, una falta en la que su apreciación no implique una estimación acerca de la actividad o del funcionamiento del servicio público; de lo contrario se produciría una violación, imputable al tribunal, de la separación de Poderes. Es necesario, entonces, distinguir la falta de personal de la falta administrativa o de la falta de servicio, y dentro de las faltas cometidas por los funcionarios todavía es necesario distinguir entre las que, siendo personales, se separan y las que no se separan del ejercicio de las funciones, esto es, entre las que el juez puede aislar la ejecución normal del servicio público y entre las que se vinculan tan indisolublemente al Servicio como para no poder ser aisladas. Una vez definido lo que se entiende por falta personal y por falta de servicio, es necesario examinar sucesivamente las reglas de competencia aplicables en caso de falta personal externa al Servicio, de falta personal separable del Servicio, de falta que no es separable del Servicio y en fin de falta de servicio independiente de toda falta personal”.³⁰

Ahora bien, en este mismo tratamiento de deslinde entre la falta personal y la falta de servicio, podría darse la acumulación de faltas cuando se dé la responsabilidad de la Administración por la falta de servicio; sin embargo el servicio

30- Acertadamente refiere Odent: “Hay acumulación de una falta de servicio y de una falta personal cuando la responsabilidad del Poder público tiene su origen en una falta personal que es separable del Servicio, pero respecto de la cual el Servicio no se desliga.” Op.cit p.1032.

público no queda desligado de la falta personal.³¹ Esta realidad de mutua compenetración superó lo que antaño se creía era inviable: que la falta personal excluía necesariamente la falta de servicio y viceversa. Como indica el profesor Vedel: “Durante largo tiempo se consideró que la responsabilidad del funcionario y la responsabilidad de la Administración se excluían mutuamente; en consecuencia, el daño se debía a una falta personal o era consecuencia de una falta de servicio, pero no imaginaban la posibilidad de una combinación de ambas situaciones”.³²

La ventaja de la acumulación de faltas o de responsabilidades está en que el afectado puede escoger si pretende la indemnización al menos en Francia - contra la Administración en la sede jurisdiccional administrativa o bien contra el funcionario en la vía ordinaria civil. De tal manera que, al hacerlo contra la Administración partiría de un principio favorable a sus pretensiones resarcitorias: la insolvencia de ésta a diferencia del eventual patrimonio de los funcionarios públicos. De tal manera que podría perseguir a la Administración antes que al funcionario; pudiendo la Administración asumir la totalidad del cobro resarcitorio con repetición de lo pagado contra el funcionario. Claro está que, si la autoridad judicial o administrativa - judicial deciden que la demanda debe ser encauzada contra el funcionario directa y exclusivamente, la pretensión indemnizatoria podría quedar insatisfecha total o parcialmente, todo en dependencia con la solvencia o insolvencia del funcionario responsable, sin que la Administración asuma el pago y, por ello, con imposibilidad de darse la correspondiente repetición.

Así, pues, bien podríamos argumentar que existe la posibilidad de que la indemnización sea integral o sea solo parcial, o aun incluso sea inviable o inexistente. De ahí la importancia práctica de la referida acumulación, por permitir de inicio un alto grado de tranquilidad a favor del afectado para perseguir su indemnización, lo que no siempre queda plena o parcialmente satisfecha.

En todo caso en Francia podría intentarse la pretensión reindemnizatoria, esta vez dirigida contra la Administración ante la fallida pretensión de hacerlo contra el funcionario insolvente o sin soporte patrimonial Al respecto dice la

31- Vid. Vedel, en op.cit.p..296.

32- Señala Laubadère: “La solución del cúmulo integral de responsabilidades consiste en que en caso de falta personal la víctima siempre puede perseguir a la Administración antes que al funcionario; en consecuencia, la Administración garantiza, automáticamente, la responsabilidad de aquél” Op. cit., pp. 615 y 616.

doctrina: “La víctima que se ve favorecida con la acumulación de responsabilidades puede a su voluntad acudir a los tribunales ordinarios (judiciales) deduciendo una demanda reintemnizatoria en contra del funcionario o puede acudir al juez administrativo para interponer una demanda de indemnización de perjuicios dirigida contra la Administración”.³³

A IV. La falta grave

En el desarrollo de la actividad y organización administrativas, la determinación de los posibles y distintos grados de gravedad de la falta de servicio y su causalidad con el resarcimiento pedido y eventualmente reconocido, queda estrechamente relacionada con los efectos perjudiciales y con las circunstancias objetivas; la naturaleza y fin de los servicios; el tiempo y espacio en que se concretizó esa falta que suele ser grave. En efecto, la teoría de la falta administrativa “es, como muchas teorías jurisprudenciales del Consejo de Estado, sutil y marcada de pragmatismo. Para comprometer la responsabilidad de la Administración, la falta de servicio debe comprender una cierta gravedad y esta gravedad es variable. Ella varía según las circunstancias de tiempo: de guerra (c. E., 9 de noviembre de 1948, Dame de Tassencourt); de lugar: dificultades del servicio penitenciario en una Colonia (C. E., 4 de ene0 de 1918, Mineurs Zulimaro). Ella varía también según los Servicios. Respecto de ciertos servicios la responsabilidad administrativa no puede encontrarse comprometida sino por efectos de faltas graves. La falta grave se exige principalmente en relación con algunas actividades provenientes de los siguientes servicios: a) servicios policiales, b) servicios de impuestos; c) servicios hospitalarios, y d) servicios que ejercen el control de tutela o de super vigilancia sobre otros órganos administrativos”.³⁴

V. LA INDISPENSABLE PRUEBA DE LA FALTA PARA PRETENDER LA INDEMNIZACIÓN POR LESIÓN

En términos generales y comparados la prueba de la falta corresponde al afectado o víctima, aun cuando también exista de manera restrictiva la presunción de la falta contra la Administración, salvo demostración en contrario de ésta,

³³- Vid. Vedel, op. cit., pág. 298

³⁴- LAUBADERE, op. cit., pp. 634 a 636, 1967.

como sucede con la alegación de la falta de mantenimiento normal de las obras públicas; sin cuya prueba de mantenimiento normal la Administración sería responsable por el respectivo resarcimiento por las lesiones causadas. Con acierto destaca un autor: “La prueba de la falta es de cargo de la víctima; ésta es la regla general. Sin embargo, cuando se trata de un perjuicio causado a los usuarios de una obra pública, la víctima se limita a alegar la existencia “de falta de mantenimiento normal” de la obra, circunstancia en la cual corresponde a la Administración la prueba de que ha habido “mantenimiento normal”; en caso contrario, la Administración será declarada responsable. Existe otra excepción a la regla general que establece una presunción de falta. Este sistema se aplica en el caso de daños provenientes por la actuación de los servicios policiales cuando éstos han hecho uso de elementos peligrosos, cuyo empleo ocasiona daños. La presunción de la falta se encuentra a medio camino entre la teoría basada sobre la falta y la teoría fundamentada sobre el riesgo (C. E., esposos Lecomte y Daramy)”³⁵

VI. DEL PRINCIPIO DE LA FALTA DE SERVICIO A LA TEORÍA DEL RIESGO (EXCEPCIONAL EN FRANCIA)

Con repaso de la teoría francesa de la responsabilidad por riesgo, no podríamos dejar de mencionar al profesor León Duguit para quien la responsabilidad del Estado se encuadra en la dimensión objetiva, a diferencia de la responsabilidad por culpa o dolo, en la que prevalece la dimensión subjetiva y voluntaria; en lo que ya hemos profundizado. Así, entonces, el Estado no es persona titular de una voluntad consciente y libre con carga de la culpa cuando violente alguna disposición normativa y con responsabilidad cuando se le impute tal violación. De tal manera que el profesor Duguit rechazó para el Estado el criterio de la “culpa subjetiva” y contrapuso así el principio de “la responsabilidad por riesgo objetivo”, ante el ejercicio de sus potestades en la prestación de un servicio, por lo que debe responder por los riesgos que cause y por los daños que produzca. Siguiendo- se entonces tal tratamiento objetivo, habría responsabilidad por riesgo no solo por el ejercicio de las potestades del poder público que presupone la existencia de la *potentior personae* para la imposición de sus decisiones contra la voluntad o decisión del sujeto privado

35- Vid. CALDERA Delgado Hugo, *Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982, pp.405-406.

para la satisfacción de los intereses públicos según el principio de legalidad, sino que sobresale también el ya destacado principio de la igualdad de trato en la imposición de las cargas en sociedad, sin que se pueda hacer discriminación oprobiosa en la aceptación impuesta de las lesiones en los patrimonios o bienes ajenos; por lo que sale a relucir el principio del equilibrio social con proporcionalidad de las cargas que exige el debido y pronto resarcimiento en la esfera de los derechos y bienes del afectado.

Así, la superpotencia de la Administración con actos de autoridad y no ya de gestión, aparece siempre el riesgo del despliegue material de sus conductas en la amplia diversidad hipotética en el devenir de la sociedad jurídicamente organizada. Ahora bien, ante la invocación de la responsabilidad por riesgo, el afectado ha de probar la relación causal de la conducta con el perjuicio; a lo que se suma que los daños producidos deben ser graves, anormales y especiales.

Por ello se trasciende necesariamente la responsabilidad por culpa o dolo y en su lugar se destacan las actividades por organización con algún grado de permanencia o continuidad propio de las personas jurídicas, en las que está necesariamente inserta la persona jurídica del Estado, donde la responsabilidad queda diluida en la gran dimensión de su composición organizativa y en la actividad abstractamente desplegada.

Dice el profesor Odent:³⁶ “La teoría del riesgo como fundamento de la responsabilidad tiene alguna aplicación en el Derecho privado; no obstante su dominio de elección es el Derecho público. Ella se justifica por consideraciones que son extrañas a las concepciones civilistas, pero que impregnan el Derecho público. La autonomía del Derecho público se fundamenta en que él regula relaciones jurídicas establecidas entre intereses de naturaleza desigual; de un lado el Poder público, cuya acción está ordenada por necesidades de interés general, la cual dispone de considerables poderes y, particularmente, de aquellos que consisten en constreñir y que se dirigen hacia operaciones que no tienen semejanza con las que pueden cumplir las personas privadas; de otro lado, los particulares, cuyos intereses deben inclinarse siempre delante de las necesidades públicas. Esta

36- Op.cit. pp. 945 y 946

desigualdad es uno de los fundamentos de la teoría del riesgo; el otro fundamento es el principio de la igualdad de los ciudadanos frente a las cargas inherentes al funcionamiento de los servicios públicos, igualdad que, como ya ha sido dicho, debe ser restablecida por el otorgamiento de una indemnización compensatoria si ella ha sido alterada por el hecho de ciertos Servicios. La teoría del riesgo juega tanto para acoger demandas de indemnización basadas en la actividad legislativa, como, especialmente, en las hipótesis en que el Poder público dispone de poderes o de medios de acción fuera de toda proporción comparativa con las facultades de resistencia otorgadas a los administrados, o aun si ella -la Administración- se entrega a empresas cuya dimensión no tiene relación con las que pueden realizar los particulares. Es el caso de las materias relativas a las obras públicas, donde las colectividades públicas disponen de prerrogativas verdaderamente regalistas, respecto de las cuales, luego del inicio del siglo XIX, ellas han tenido una actividad considerable (apertura de rutas, de canales, instalación de redes ferroviarias, en seguida electrificación) y en las que se trata de sacrificar a algunos en beneficio de la colectividad, donde tuvo sus primeras aplicaciones la teoría del riesgo. Cómoda para reparar los perjuicios que no se vinculan a falta alguna o que provienen de actividades sobre cuyo carácter las jurisdicciones administrativas prefieren no pronunciarse, esta teoría se ha desarrollado considerablemente”.

En Francia, entonces, el criterio de la aplicación de la teoría del riesgo tiene cierto grado de combinación con elementos de oportunidad, toda vez que su aplicación no siempre deviene en norma necesaria, por cuanto tiene relación con la disposición positiva de alcance presupuestario. Ahora bien, bajo la reserva indicada, la aplicación del riesgo tiene valor sustitutivo cuando resulte improcedente la falta de servicio y en su lugar el juez administrativo haga direccionamiento procesal por la teoría del riesgo, sin que el supuesto inverso sea jurídicamente procedente.

VII. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN GENERAL

Sin perjuicio de lo ya indicado, retomamos el principio rector de que tanto en Francia como en Costa Rica,³⁷ los elementos configuradores son análogos para

37- Para un certero, amplio, detallado y didáctico tratamiento del tema, se recomienda la lectura del estudio de González Ballar, Rafael: “Responsabilidad Administrativa”, en Apuntes de Derecho Administrativo; Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica; Editorial Jurídica Continental, 2008, pp.189 a 290.

la aplicación del régimen de responsabilidad, a saber: a) la relación de causalidad entre la conducta administrativa, sea ésta lícita o ilícita, normal o anormal en relación necesaria con el perjuicio causado en las esfera de derechos protegidos de los administrados; b) la efectividad del perjuicio, que, como hemos indicado, es daño cualificado o lesión cierta y no presunta; con el daño evaluable económicamente en relación con alguna persona física o jurídica, o en relación con alguna categoría colectivas o grupal. La LGAP –reitero- es amplia en su tratamiento positivo, por virtud de la aplicación del artículo 33 de la Constitución Política que impone- insisto - la igualdad de trato y prohíbe el uso de la discriminación; amén del artículo 45 íbid que protege la propiedad privada. Dice el citado numeral de la LGAP: “En todo caso el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable e indemnizable en relación con una persona o grupo”.

De esta forma, entonces, la relación de causalidad con los efectos perjudiciales en los patrimonios o esfera de derechos privados, trasciende la dimensión estrictamente individual de la persona física o jurídica; además, el perjuicio debe ser directo y no así indirecto, sin darse posibilidad para la intromisión de márgenes o nebulosas intermedias que oscurezcan o desdibujen la necesaria claridad de la causa y su efecto, por la relación directa e inequívoca entre la conducta administrativa y la lesión en la esfera privada de los ciudadanos.

También la lesión debe ser real y no hipotética, aun cuando de la propia realidad puedan establecerse con rigurosa precisión y concatenada los efectos en veraz proyección debidamente cuantificables, sin dar lugar a la especulación de los perjuicios o a las pérdidas dudosas, presuntivas o equívocas. Dice el profesor Waline: “No es exacto en absoluto sostener que la jurisprudencia, en particular la del Consejo de Estado, exija un perjuicio actual; en efecto, lo que el juez se resiste a indemnizar no es tanto el daño futuro como el perjuicio eventual, que es aquel en que no es posible afirmar con certeza si va a realizarse o no”.³⁸

Asimismo, ha de darse el efecto real y negativo en el patrimonio ajeno o en la esfera de sus bienes inmateriales, por lo cual se impone la valoración económica o cuantificada del perjuicio causado. Se dice en España: “La doctrina

38- Op.cit, p.810

jurisprudencial exige la existencia de un nexo causal, directo e inmediato, entre el actuar imputable a la Administración y la lesión ocasionada, que para ser resarcible ha de consistir en un daño real y no en meras especulaciones sobre el perjuicio o pérdidas contingentes o dudosas” (TS 3ª. Sentencia 27 de octubre 1980). También se precisa jurisdiccionalmente: “La viabilidad de la pretensión de indemnización por daños y perjuicios, no es acogible simplemente por su planteamiento, sino que hay que demostrar cumplidamente su existencia, su cuantificación o, en el peor de los supuestos, las bases o parámetros esenciales para determinar su importe y, en todo caso, la relación de causalidad entre el hecho productor del supuesto daño y su relación con la Administración”. (TS.3ª. Sentencia 27 de enero de 1983).

En lo que respecta al principio de causalidad, encontramos distintos tratamientos que no son excluyentes en la práctica, de cara a la justicia objetiva que permiten desembocar en la causalidad de la conducta en relación determinante con la lesión infringida al patrimonio o bienes privados.

En primer lugar está la teoría de la causalidad razonable o adecuada; es decir, cuando la causa del daño tiene ligamen con la conducta que razonablemente lo pudo haber materializado, por lo que no habría causa distinta; en segundo término, está la teoría de la equivalencia objetiva o de condiciones; esta es, que toda conducta sin la cual no se pudo producir el daño, es la causa causante del mismo; y en tercer término, la teoría de la proximidad; por la cual se puntualiza que la última conducta de la cual se deriva la lesión, en la relación concatenada de hechos, es la causa de ella. Apunta la doctrina: “Si sólo existe un vínculo indirecto entre la actividad de servicio público y el daño, no hay lugar a obtener reparación. Un perjuicio no da derecho a reparación sino a condición de que él sea directo, cierto, evaluable en dinero y en el caso de que el fundamento de la responsabilidad sea el riesgo, debe ser, además, especial. En efecto, hay una parte no despreciable de arbitrariedad dentro de la calificación que corresponde efectuar al juez en la determinación del carácter directo o indirecto de un perjuicio en relación con el hecho que lo ha generado. Las vacilaciones jurisprudenciales dan testimonio de ello”.³⁹ También se indica: “El perjuicio indirecto es aquel en el que no está establecido que él sea la consecuencia necesaria del hecho inicial reprochado al

39- Vid. Odent, op. cit, pp. 907, 908 y 991.

presunto responsable. El perjuicio indirecto existe cuando entre el hecho inicial imputado a la colectividad pública y la realización del daño cuya reparación se demanda se encuentran interpuestas circunstancias o hechos intermedios que no permiten establecer con certeza la relación de causa a efecto entre ese hecho inicial y la realización de ese perjuicio”.⁴⁰

En todo caso, si bien puedan coexistir distintos efectos derivados de una misma causa causante de los daños y perjuicios prestos para la indemnización, tales efectos pueden aparecer en tiempos y realidades distintos, lo que hace que el juzgador deba valorar, con las pruebas fehacientes del caso, la determinación de tales efectos sobrevenidos a partir de una misma conducta administrativa.

Expresa un distinguido autor, de repetida cita, en relación con el régimen de prescripción francés: “Un mismo hecho puede dar nacimiento a varios perjuicios, los cuales no aparecen, necesariamente, a un mismo tiempo: la prescripción de cuatro años no corre para cada uno de ellos sino a partir del día en que el daño ha aparecido en toda su naturaleza, en toda su importancia y en toda su extensión” (Odent, op. cit., pág. 898).

En lo tocante a las lesiones en la esfera moral, en la misma relación de causalidad, la LGAP es determinante e inequívoca, por lo cual hemos insistido en incluir a la esfera de bienes inmateriales, a saber: “Cabrá responsabilidad por daños puramente morales, lo mismo que por el padecimiento moral y el dolor físico causado por la muerte o por la lesión inferida, respectivamente” (artículo 197); aspecto que fue tardíamente reconocido por el Consejo de Estado francés el 24 de noviembre de 1961 (Ministerio de Obras Públicas con esposos Letisserand).

Señala con acierto la doctrina: “Se puede decir, como lo hace Samir Hosny, que el perjuicio moral consiste en el ataque llevado a cabo contra un derecho que no es de índole patrimonial, contra uno de los derechos estrechamente ligados a la persona, tales como el derecho al nombre, al honor, al derecho de autor, al derecho a la vida y a la integridad de la persona física. El daño moral plantea dos cuestiones difíciles: la de su identificación y la de su reparación”.⁴¹

40- Vid. Waline, op. cit., p. 846.

41- Vid. Waline, op.cit. 820.

VIII. LOS FACTORES ATENUANTES Y DE EXONERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

En general han sido pacíficas tanto la doctrina como la jurisprudencia comparadas, al aceptar que la culpa de la víctima; la fuerza mayor y el hecho de un tercero constituyen los factores que exoneran –o acaso sirven de atenuante– para no aplicar el régimen de responsabilidad patrimonial administrativo. En algunas legislaciones queda también incorporado expresamente el caso fortuito.

Retomemos lo que ya adelanté, en relación con cada uno de los eximentes por la trascendencia de su ampliación y precisión. En efecto, en primer término, está la culpa de la víctima que no siempre exonera totalmente al Estado, salvo que la lesión causada sea por conducta imputable de manera exclusiva, directa y determinante por la falta de servicio o por el riesgo, lo que impone el análisis riguroso de cada caso concreto sin posiciones preconcebidas en la aplicación de la justicia pronta y cumplida.

Así, en caso de darse el supuesto de la concurrencia de responsabilidades – lo que no es infrecuente en la realidad social – sin que pueda establecerse el vínculo de causalidad de manera exclusiva y determinante, lo viable no es tanto la exoneración de responsabilidad como la atenuación del castigo por indemnización. Señala una importante sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, a saber: “Para los efectos que interesan, es preciso señalar que en este caso existe una concurrencia de responsabilidades. En primer lugar, la de la Administración Municipal como quedó explicado; y también, la del señor Fernández, conductor del vehículo, al actuar imprudentemente el día de los hechos. La situación imperante en el momento de su paso por el sector inundado, hacía necesario tomar medidas de precaución, a tal grado que lo aconsejable era no pasar por ese lugar. No obstante, el conductor lo hizo, sin reparar en las consecuencias que podría ocasionar el avance del vehículo por en medio de las aguas, soslayando la intensidad de la lluvia, el nivel y la fuerza de las corrientes que discurrían sobre la calzada, lo cual tornaba muy incierto el paso. Este hecho, sin embargo, no exime al Municipio de su responsabilidad, ya que la existencia del hueco en la vía pública, antes relacionado, constituyó en la especie, factor coadyuvante de importancia rotunda, para arrastrar al vehículo hacia su mismo seno, produciéndose así las dolorosas

consecuencias ya comentadas. Por lo anterior, la indemnización que cabe reconocer a los actores, aplicando aquí los principios generales de derecho, de conformidad con el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, procede reducirla a un sesenta y cinco por ciento del total que llegue a establecerse con auxilio pericial, en ejecución de sentencia, dado que es indudable, según lo dicho, que la víctima que conducía el vehículo contribuyó con su propia imprudencia, a la producción del daño. Por ende, a la Comuna, no podría atribuírsele más responsabilidad que la que corresponde a su particular conducta culposa. Se estima en la proporción dicha, su cuota de responsabilidad concurrente, en relación con la del interfecto, ya que si bien -como se dijo- el último observó una actuación imprudente la cual genera una responsabilidad alícuota en la especie, ésta por su entidad, es ligeramente menor que la del Municipio. Ello se determina, al considerar que el conductor del vehículo, señor Fernández, al asumir el riesgo contra lo que aconsejaban las circunstancias adversas ya apuntadas, lógicamente nunca pudo imaginarse que en las inmediaciones existiera un hueco de proporciones tales que lo arrastrara hacia él y abarcara en su seno al vehículo. Tal hoyo causado por la acción de las aguas, debido a la negligencia municipal, fue el factor primordial para que el percance desembocara en la irreparable pérdida de dos vidas humanas”⁴²

Insiste esta misma Sala Primera: “IX.- Eximentes. Exención plena y parcial. Establecida, como quedó anteriormente, la relación causal entre la omisión anormal e ilícita de la Administración y el daño producido, es menester analizar si existe culpa de la propia víctima, don Carlos Picado, en el desenlace del trágico evento. Para ello es pertinente advertir que la normativa vigente artículo 190 de la mencionada Ley General contempla tres supuestos de exención total o parcial de responsabilidad, a saber: fuerza mayor como hecho imprevisible, inevitable, de la naturaleza, extraño y exterior; hecho de un tercero, en tanto es producido por la acción u omisión de un sujeto totalmente ajeno a la relación triangular entre Administración-funcionario-afectado y culpa de la víctima, en la medida en que es el propio sujeto pasivo del daño, quien produce -por negligencia o imprudencia inexcusable- la lesión, o se coloca en posición propicia para ello, para el concepto jurisprudencial de culpa de la víctima, puede verse la sentencia de esta Sala. N° 33 de las 9 horas 30 minutos del 9 de abril de 1953. Todas ellas originan la ruptura del nexo causal. Habrá de

42- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 263 de las 15:30 horas del 22 de agosto de 1990

notarse que el caso fortuito fue excluido ex profeso como eximente, en tanto se trata de un acontecimiento eventualmente previsible, inevitable, derivado del accionar humano, interior y connatural (sobre las eximentes de responsabilidad en general, pueden verse las sentencias de esta misma Sala. N° 263 de las 15 horas 30 minutos del 22 de agosto de 1990; la N° 252-F-01, de las 16 horas 15 minutos del 28 de marzo del 2001; la N°607-F-02 de las 16 horas 15 minutos del 07 de agosto del 2002; y para una interesante caracterización de la fuerza mayor, la N° 63 de las 14 horas 20 minutos del 11 agosto de 1994). En autos quedó demostrado que don Carlos Picado trató de cruzar la vía en alto estado de ebriedad y, por ende, con disminución de su capacidad locomotora y sensorial, lo cual hace presumir, que no tomó las previsiones necesarias para la acción efectuada, por lo que le es achacable algún grado de culpa en la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 263 de las 15:30 horas del 22 de agosto de 1990 producción de su propio daño. Esta circunstancia confluye con el funcionamiento anormal e ilícito indicado, y por tanto, atenúa la responsabilidad de la Administración establecida en el considerando precedente. En efecto, el estado del señor Picado al momento del accidente, se presenta como una concausa para la producción del daño, y en esa medida, se constituye en una eximente parcial de responsabilidad por culpa de la víctima que, sin duda, atenúa la reparación civil a cubrir por el erario. De modo que la sentencia del Tribunal de segunda instancia acertó parcialmente, cuando endilga algún grado de responsabilidad al propio don Carlos y aplica la eximente indicada, la que, en criterio de esta Sala, opera, pero no en forma plenaria o total como lo dispuso ese órgano colegiado. En efecto, de conformidad con todo lo anteriormente dicho, queda claro que en este caso existe una concurrencia de responsabilidades, pues confluyeron para la acción dañosa tanto factores imputables a la Administración demandada (inactividad materialfuncionamiento anormal e ilícito), cuanto a la propia culpa de la víctima por estado de ebriedad. Esta última, sin embargo, no exime al Estado de su obligación indemnizatoria, pues como se ha dicho tantas veces, la ausencia del puente peatonal puso al occiso en una situación obligada de riesgo. Al no haberlo entendido así, los juzgadores de primera y segunda instancia, violaron por indebida interpretación los artículos 190 y 196 de la Ley General de la Administración Pública tal y como se indicó en consideraciones precedentes⁴³.

43- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto 584-F-2005 a las 10:40 horas del 11 de agosto del 2005.

En términos generales, aun incluso cuando la actuación de la víctima sea ilícita, no por ello debe deducirse presuntivamente que sea necesariamente el causante de la lesión que deba repararse o indemnización. Ciertamente, como bien apuntan los Tribunales de España: “Como en el caso de autos no se ha acreditado que el actuar del perjudicado fuera determinante del resultado lesivo ni siquiera idóneo para producirlo, la conducta de la víctima aun siendo ilícita no rompe el nexo causal entre el acto de la Administración y el resultado lesivo, y por ello no exonera de responsabilidad patrimonial a la Administración” (TS.5ª. Sentencia 11 de octubre de 1984).

Dice otro fallo: “La responsabilidad del Estado sólo puede negarse, aparte del caso de fuerza mayor, cuando no existe duda alguna que la conducta de la víctima ocasionó una situación de peligro real y verdadero que impuso como única medida de solución la acción mortal de la Policía” (TS.4ª. Sentencia de 18 de diciembre de 1985).

En síntesis parcial: cuando la causa eficiente de la lesión sea imputable a la víctima sin que se logre acreditar lo contrario, con las pruebas de rigor o, al menos, en relación concurrente o concausal entre lo dañado y la Administración, no cabría la efectividad del reclamo indemnizatorio, al darse la culpa de la víctima, sin que nadie deba sacar provecho de su propio y exclusivo yerro.

En lo relativo a la fuerza mayor, como o adelanté, se estaría ante la presencia de sucesos que no pueden ser previstos o que, si previstos, devienen en inevitables, por lo cual no se da la obligación de actuación o cumplimiento administrativo para preverlos o evitarlos, sin que por ello pueda darse margen de justificación para la negligencia, impericia, falta de cuidado, celo o fiscalización administrativas, a fin de evitar males mayores o acaso primeros males que pudieron ser evitados o corregidos. Y así como la carga de la prueba recae sobre quien reclama a la Administración la responsabilidad patrimonial o incluso moral, la Administración debe comprobar certeramente la existencia de la fuerza mayor como eximente de responsabilidad de su parte. Como bien dispone una sentencia española: “El concepto de fuerza mayor debe quedar ceñido al suceso que esté fuera del círculo de actuación obligado, que no hubiera podido preverse o que previsto fuera inevitable; pero aquellos eventos internos intrínsecos, ínsitos

en el funcionamiento de los servicios públicos del Ayuntamiento, como en el caso de la rotura de un árbol que no se encontraba en perfectas condiciones, es un supuesto previsible y evitable con una adecuada inspección.” (TS.4^a. Sentencia de 3 de noviembre de 1988).

Por su parte señala la doctrina: “Es una fuerza exterior, extraña a la actividad a que se atribuye el daño. Además, ella es irresistible. En la mayoría de los casos consiste en un fenómeno natural, en un hecho de la naturaleza; sin embargo, también puede consistir en la guerra”.⁴⁴

Expresa el profesor Odent: “La jurisprudencia administrativa entiende por fuerza mayor el suceso extraño al autor de un perjuicio, imprevisible en su realización e irresistible en sus efectos”⁴⁵ Apunta otro distinguido autor: “El aspecto más característico de la fuerza mayor es su imprevisibilidad; un suceso que pudo haber sido razonablemente pronosticado no es constitutivo de fuerza mayor...El efecto de la fuerza mayor es el de la exoneración total de responsabilidad del autor del daño, y ello es lógico, puesto que el daño se debe en realidad a una causa exterior que él no podía prever y a la que tampoco podía resistir”⁴⁶ En la doctrina nacional manifiesta el profesor Ortiz Ortiz: “(...) la fuerza mayor es causal de inimputabilidad del daño a la Administración: se entiende por este aquella consecuencia que no era previsible dentro de las actividades normales desarrolladas por el agente o la organización; siendo por ende anormal a las previsiones posibles y que, además, resulta en todo caso irresistible. En otras palabras: “Fuerza mayor significa aquí hecho imprevisible, o irresistible, totalmente externo a la cosa o la empresa del responsable, ajena a los riesgos normales creados por la empresa dentro de los cuales éstas, por su propio giro, se desenvuelven. (...)”.⁴⁷

No obstante, la tenue distinción entre fuerza mayor y caso fortuito, la LGAP en el citado artículo 190 inciso 1) dispone exclusivamente como causal de exoneración administrativa la fuerza mayor, sin hacer referencia al caso fortuito. Suele, en la jurisprudencia comparada, amalgamarse o confundirse ambos conceptos, como situaciones excepcionales o de marcada anormalidad sobrevenida y de efectos

44- Vid. Waline, op. cit, pp. 839 y ss.

45- Del autor, op.cit.p.987.

46- Vedel, op.cit.p.346

47- Del autor. *Expropiación y Responsabilidad Públicas*; San José, Editorial LIL, 1995, p. 123

negativos. A manera de ejemplo, dispone la jurisprudencia constitucional: “VII- Tanto el antecedente legislativo de la Ley del Centro de Control, como el artículo 180 de la Constitución Política, se refieren a verdaderos “estados de necesidad y urgencia” y no a la mera urgencia, que no es otra cosa más que la pronta ejecución o remedio a una situación dada, que se ha originado en los efectos de cómo ha sido manejada ella misma, y, bajo este presupuesto básico, la Sala entiende que lo que el Constituyente plasmó en su norma, es la posibilidad jurídica de que la Administración mediante procedimientos administrativos excepcionales, expeditos y simplificados, enfrente el estado anormal en que llegue a encontrarse ante un evento de esa índole, y no una simple justificación de los actos que emite. De manera que la norma constitucional bajo análisis, sanciona expresamente las circunstancias de “guerra”, “conmoción interna” y “calamidad pública”, como las que pueden ser objeto de su propio tratamiento de excepción y que deben entenderse dentro de la más rancia definición de la fuerza mayor o, a lo sumo, del caso fortuito, es decir, sucesos que provienen de la naturaleza, como los terremotos y las inundaciones, o de la acción del hombre, como tumultos populares, invasiones y guerra, o de la propia condición humana, como las epidemias, eventos que son sorpresivos e imprevisibles, o aunque previsibles, inevitables; se trata, en general, de situaciones anormales que no pueden ser controladas, manejadas o dominadas con las medidas ordinarias de que dispone el Gobierno...”⁴⁸

Ahora bien, a pesar de la confusión que suele darse entre caso fortuito y fuerza mayor, lo cierto del caso -destaco nuevamente- es que la LGAP opta por la fuerza mayor, excluyendo el caso fortuito, o a lo sumo podrían darse criterios que asuman su identificación, lo que personalmente no comparto. En efecto, la fuerza mayor tiene ligamen con los acontecimientos o sucesos que son externos a la organización y actividad del sujeto causante del daño, que para este tratamiento sería el Estado en general o la Administración Pública en particular. En cambio, el caso fortuito podría – lo que excluye que siempre suceda – estar incorporado en la esfera intrínseca del sujeto causante del daño, con lo cual se adentraría en los supuestos del riesgo o aun incluso en los de la posible falta de servicio. En razón de lo anotado, mantiene el profesor Odent lo siguiente: “(...) el caso fortuito no tiene influencia sobre la responsabilidad

48- Voto número 3410-92 de 10 de noviembre de 1992; también voto 2001- 01369 de las 14:30 horas del 14 de febrero de 2001.

administrativa cuando ésta está fundada en el riesgo o cuando una presunción de falta pesa sobre el autor del daño...”.⁴⁹

De tal manera que la LGAP no deja espacio para que la Administración deje de ser responsable ante casos ajenos a la nefasta y poderosa fuerza exterior que irrumpe en su actividad y organización, sin que sea de recibo por conductas lesivas y excepcionales o acaso por el solapado o engañoso ejercicio de sus potestades de imperio o autoridad, que buscan adherirse a fuerzas imprevisibles; inevitables y extrínsecas, sin que en realidad tengan mérito ni justificación para ello.⁵⁰

El último de los elementos constitutivos de la irresponsabilidad administrativa o de atenuante para la condena es el hecho de un tercero, es decir, de aquel sujeto que irrumpe en el devenir de la Administración y afecta o rompe el nexo causal entre ésta y la víctima, sin que pueda interferir en el principio del riesgo propio de los actos de imperio o autoridad, a diferencia de la falta, donde el tercero puede incidir con su actuación para disminuir o exonerar de responsabilidad a la Administración por daños causados.

IX. LA CUESTIONADA Y CRITICABLE IRRESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR ACTOS POLÍTICOS O DE GOBIERNO

En términos comparados, es común encontrar la inexistencia de responsabilidad del Estado por el dictado de actos políticos, por su contenido y relación con otros Estados (relaciones interestatales) o por la relación entre los órganos fundamentales (poderes) del Estado (relación interadministrativa o inter orgánica); aun cuando también en general suele reconocerse la indemnización por la

49- Del autor, op.cit. p.988.

50- Para el profesor García de Enterría, el caso fortuito tiene relación con factores intrínsecos al desenvolvimiento de la empresa: “... a los efectos de la doctrina del riesgo, el caso fortuito se define, justamente, por contraposición a la *vis major* y se caracteriza por dos notas esenciales, la indeterminación y la interioridad... La indeterminación característica del caso fortuito supone que la causa del accidente productor del daño es desconocida. Como decía Hauriou expresivamente, se trata de una ‘falta de servicio que se ignora’.

El elemento esencial y el que da razón, incluso, del que acabamos de indicar, es el de la interioridad del evento por relación con la empresa en cuyo seno se presenta el daño; se trata, en efecto, de un evento directamente conectado al objeto dañoso, a su constitución, a su naturaleza íntima, al funcionamiento mismo de la empresa o servicio que se integra ese objeto. Estos dos elementos faltan, por el contrario, en la fuerza mayor, que, como ya se ha notado, se caracteriza por sus contrarios, identificándose con una causa extraña, exterior por relación al objeto dañoso y a sus riesgos propios, ordinariamente imprevisible en su producción, y en todo caso, absolutamente irresistible, aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista, *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1977, p. 333

ejecución de tales actos. Ya hemos hecho referencia a la discusión que se ha dado en Francia entre lo dispuesto por el Consejo de Estado a partir de la interpretación de los principios generales del Derecho y la doctrina que acusa la violación al respectivo texto constitucional, contrario a dejarle un mayor margen de movimiento al Poder Ejecutivo por medio de los actos de Gobierno, sin ser estrictamente actos administrativos sujetos al control judicial, aunque provengan de la Administración Pública.

Y siguiéndose con el desarrollo en Francia, la relación entre Gobierno y Parlamento es acto político ajeno a todo control jurisdiccional, cuya finalidad es la elaboración y aprobación de las leyes, sin que el Consejo Constitucional tenga potestades para ejercer el control de constitucionalidad sobre leyes ya promulgadas. También la actividad diplomática queda exenta de tal control, sin que este principio de exención sea aplicable, como es obvio, a los actos separables por la actuación identificable de los funcionarios que violen el principio de legalidad.

Los perjuicios provenientes o causados por hechos de guerra no comprometen la responsabilidad del Estado, en la dimensión extracontractual, siendo necesario para los efectos contrarios, la existencia de una ley que disponga tal responsabilidad.

Tampoco se compromete la responsabilidad del Estado por hechos de guerra⁵¹ ya sea por declaración oficial en Francia como por los daños producidos en las vísperas a su declaración o con ocasión de las actividades militares.

En Costa Rica, el tratamiento puede tener mejor y mayor alcance en favor de la fiscalización judicial de los actos políticos. No ya solo respecto a las posibles indemnizaciones por la ejecución de éstos, sino que, aun siguiéndose lo que dispone tanto la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.- LRJCA - (vigente todavía para algunos casos anteriores al año 2008) como el Código Procesal Contencioso Administrativo, el cual sigue en esencia lo dispuesto para los actos políticos (en franca decadencia en los Estados de Derecho), dejan de ser del conocimiento y control por esta jurisdicción contencioso

51- Al respecto vid. CALDERA Delgado, *Sistema de la responsabilidad*, op. cit. pp.416-1418.

administrativa, salvo lo referido excepcionalmente al despliegue de los efectos de tales actos que requieran indemnización. O, si estamos ante la presencia de actos separables en relación con la responsabilidad por falta grave o dolo de los funcionarios que intervinieron en la formación o adopción de los respectivos actos políticos.

En la legislación comparada encontramos dos grandes bloques que forman parte del material residual que quedó, en principio, inmune ante los actos administrativos y actos de la Administración sujetos al control de legalidad, en la jurisdicción contencioso administrativa. El primer supuesto son los actos de relaciones entre los Poderes (órganos fundamentales) del Estado; el segundo, son las relaciones internacionales de éste. Ambos son actos políticos, es decir, de contenido político estatal donde prevalece cierto margen de libertad; de disposición política en el ejercicio de la soberanía estatal o mera oportunidad y conveniencia en la toma de decisiones del aparato estatal.

Si existen elementos reglados en tales actos, existe mayor acercamiento a los actos administrativos que a los actos políticos, bajo el principio de legalidad y el control necesario en la jurisdicción contencioso administrativa. Asimismo, los actos políticos no están exentos de la fiscalización y sanción judiciales, toda vez que existe tal control en la jurisdicción constitucional, con lo cual se cae el viejo mito de la inmunidad contralora a tal nivel. Queda entonces por ubicar el control de los actos políticos en la sede contencioso administrativa, aun cuando sea para supuestos especiales y calificados, bajo la interpretación rigurosa, extensiva y progresiva en favor de los derechos humanos o de los justiciables frente al ejercicio del poder público y político.

Son varias las razones que considero importantes para aceptar el control jurisdiccional de lo contencioso administrativo cuando por el fondo o sustancia los actos políticos violan derechos humanos, sin perjuicio -es obvio- de la jurisdicción constitucional. En primer lugar, el acto político, en un Estado de Derecho, debe ser válido, por lo que no podría aceptarse el acto político ilegítimo para su ejecución y eficacia jurídicas. En segundo orden, una porción de los derechos fundamentales contenidos en la parte dogmática de nuestra Constitución, por expresa disposición del artículo 74, es irrenunciable. Siendo así que, un acto

político que viole los derechos fundamentales de orden social, con inmunidad contralora en perjuicio de la jurisdicción contencioso administrativa, a pesar de ser actos de gobierno o de la actividad administrativa, redundaría en la renuncia contralora, aunque exista violación, con lo cual se aceptaría la inmunidad jurisdiccional parcial, sin que ello sea posible por la irrenunciabilidad expresa de los “derechos y garantías sociales”, para su disfrute y protección. Sería totalmente desproporcionado tener por irrenunciable el disfrute de tales derechos y garantías y, a su vez, permitir la previa renuncia judicial para su defensa, protección y restitución, en caso de amenaza o violación. La irrenunciabilidad del disfrute no debe dar paso a la renuncia fiscalizadora de orden jurisdiccional. Al final, también, la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental.

En tercer lugar, el Código, como legislación subordinada a la Constitución y a los Tratados internacionales, esta vez en referencia a la materia de derechos humanos en general, aprobados y ratificados por Costa Rica, no podría dar paso para la dispensa del control jurisdiccional ante actos políticos violatorios de tales derechos; sumándose la debida protección de los intereses legítimos y los derechos subjetivos que incluyen, necesariamente, a los derechos subjetivos públicos, o derechos fundamentales oponibles al poder público. En cuarto lugar, el artículo 49 de la Constitución, como se ha insistido, obliga al Estado legislar, al menos, para la protección de los intereses legítimos y los derechos subjetivos, con lo cual si se exime a la jurisdicción contencioso administrativa, se violentaría este mismo precepto constitucional, toda vez que el legislador no puede desproteger la esfera de los intereses legítimos y los derechos subjetivos, incluyéndose, claro está, a los derechos subjetivos públicos. En quinto lugar, la nueva jurisdicción contencioso administrativa parte del principio rector- insisto- del proceso subjetivo, es decir, que lo primordial es la defensa efectiva de tales intereses y derechos, sin que por ello se vaya en perjuicio de los intereses públicos, por cuanto – también insisto – son la suma coincidente de los intereses de los administrados frente a la Administración. Por esto, la exclusión de la jurisdicción contencioso administrativa, ante los actos políticos violatorios de los derechos fundamentales, devendría en perjuicio de la misma naturaleza primigenia de la nueva codificación. Y, en sexto lugar, no es posible que en un Estado de Derecho, en su concepción contemporánea, existan privilegios de inmunidad contralora a nivel jurisdiccional, cuando los derechos

fundamentales son consustanciales a sus principios, valores, organización y fines.

Así, el Estado de Derecho queda revestido de principio a fin con la existencia y protección de los derechos humanos, por lo que cualquier plus contralor deviene en garantía de sobrevivencia no solo de tales derechos sino de la organización y actividad del propio Estado. Y la jurisdicción contencioso administrativa también está para la defensa de los intereses legítimos y los derechos subjetivos, ante conductas regidas por el Derecho Público, más allá de las conductas administrativas propiamente tales, las que también están incluidas.