



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis/monografía

Yo **Wilmer Rafael Salas Quinteros** con C.I. 4740854 L.P. autor de la tesis titulada:

Fundamentos, límites y desafíos para la regulación de la responsabilidad extracontractual del Estado boliviano.

Mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de:

Magíster en Defensa Legal del Estado.

En la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede académica La Paz.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Académica La Paz, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación a partir de la fecha de defensa de grado, pudiendo, por lo tanto, la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamo de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría Adjunta a la Secretaría General sede Académica La Paz, los tres ejemplares respectivos y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: 04 de noviembre de 2022

Firma:



UASB
Universidad Andina Simón Bolívar
ORGANISMO ACADÉMICO DE LA COMUNIDAD ANDINA

UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR
SEDE ACADEMICA LA PAZ

PROGRAMA DE MAESTRIA EN DEFENSA LEGAL DEL ESTADO

**Fundamentos, límites y desafíos para la regulación de la responsabilidad
extracontractual del Estado boliviano**

**Tesis presentada para optar el Grado
Académico de Magister en Defensa Legal
del Estado**

MAESTRANTE: WILMER RAFAEL SALAS QUINTEROS

TUTOR: PhD. LUIS OSMAR SOTOMAYOR TERCEROS

LA PAZ – BOLIVIA

2022

RESUMEN

Continuamente se pone en evidencia a través de los medios de comunicación casos en los cuales se observan daños de diferentes tipos siendo una buena parte de ello ocasionados por el Estado, empero el desconocimiento de que este último no obra bajo un manto de impunidad y que tiene el deber de responder por sus actos hace que dichas situaciones queden sin reparación y solo pasen a ser una noticia más.

El Estado boliviano en su historia no ha mostrado señales claras de aceptar su responsabilidad extracontractual, los tribunales de justicia tampoco han ayudado a esa labor puesto que hasta no hace mucho propugnaba que los daños que pudieran ocasionar los funcionarios debían ser imputados a estos últimos y no así al ente estatal del cual forman parte.

Habiéndose producido en la época reciente un giro en la historia política y con la intención de realizar lo mismo en el ámbito jurídico, se ha llegado a la puesta en vigencia de una Constitución calificada de avanzada empero ni aun así se ha expuesto en su contenido la responsabilidad que recae específicamente sobre el Estado sin ambages, es más un artículo similar al actual 113 constitucional que ahora nos sirve para su estudio podía ser hallado en la Constitución que ha venido a sustituir.

Países vecinos han ido avanzando en la responsabilidad del Estado de manera pretoriana, labor en la cual los tribunales han tenido un gran impacto cumpliendo el rol para el cual han sido creados.

Como es usual que suceda avances importantes se han dado en la doctrina llegando a la aceptación de que la responsabilidad extracontractual que recae sobre el Estado debe llegar a ser objetiva sin que deba estructurarse una responsabilidad estrictamente basada en la culpa puesto que la administración puede dañar inclusive en el cumplimiento de sus funciones.

Tanto el Tribunal Supremo de Justicia como el Tribunal Constitucional han dado recientemente señales claras de la responsabilidad que recae sobre el Estado empero aun así las mismas son escasas, lo cual demuestra que si bien el ciudadano boliviano acude de manera continua al Órgano Judicial con el fin de encontrar justicia, desconoce que puede demandar al Estado por los daños que le ocasiona y aun teniendo un conocimiento sobre el tema dichas controversias son presentadas ante jueces cuya competencia versa en materia Civil, confusión que inclusive puede ser hallada en estudiosos de dicha rama del derecho y en sus análisis.

Como ha sido adelantado, a partir de la Constitución de 2009, aunque en puridad no exclusivamente, se ha producido una constitucionalización de la responsabilidad extracontractual del Estado, misma que al ser reconocida por el máximo intérprete constitucional ha llevado a que este último emplace al Órgano Legislativo a emitir una norma de desarrollo la cuál debe permitir al ciudadano y a quien tenga legitimación para hacerlo, a ejercer el derecho a una justicia material y no soportar una carga que legalmente no tenga por qué hacerlo.

La investigación ha analizado las posiciones teóricas que sostienen la responsabilidad que recae sobre el Estado en su vertiente extracontractual con lo cual se observa una coincidencia en los avances sobre la materia y que la responsabilidad debe llegar a ser objetiva, sin que por ello se llegue al extremo de convertir al Estado en un asegurador universal puesto que el enriquecimiento de la víctima no es la finalidad de este instituto jurídico sino el restablecimiento de la igualdad ante las cargas públicas.

Los precedentes emitidos por los órganos de cierre de la jurisdicción ordinaria nos sirven también de base para delinear cual es el entendimiento y los alcances que se atribuyen al artículo 113 constitucional, los cuales como ha sido señalado, lamentablemente son escasos requiriendo la ciudadanía que dichos tribunales asuman un rol más protagónico y no continúen escudando la irresponsabilidad del Estado ahora bajo el argumento de un supuesto vacío jurídico, puesto que la Constitución ordena su aplicación de manera directa.

Tanto la legislación como los precedentes emitidos en la jurisprudencia extranjera son un aporte valiosísimo en la construcción de la responsabilidad extracontractual que vaya a regir en el Estado boliviano puesto que de ella podrá rescatarse experiencias de países como México en el cual se limita la responsabilidad del Estado al actuar irregular de la administración, por otra parte también podrá observarse el caso español contexto en el cual se escuchan voces de preocupación sobre lo que autores como Mir han denominado una responsabilidad objetiva global de las administraciones, que de ser aplicada con rigurosidad puede llegar a dañar de manera irremediable el erario estatal haciendo inasumibles sus obligaciones.

Como no puede ser de otra manera la Constitución debe ser el punto de partida en miras a la regulación del instituto que se plantea en la presente investigación misma que ha reconocido, aunque no de una manera clara y específica, la responsabilidad del Estado en su artículo 113, en ese sentido una interpretación sistemática del cuerpo normativo del cual forma parte pondrá en evidencia que son varios los principios y valores que sostienen dicha

responsabilidad, cobrando relevancia por ejemplo la dignidad como fundamento no solo de este sino de todos los derechos fundamentales así como el *suma qamaña* y demás valores rescatados de nuestros pueblos.

Para la consecución de nuestros objetivos se realizó un trabajo de gabinete bajo el método de análisis-síntesis descomponiendo el instituto de la responsabilidad extracontractual del Estado en cuanto sus fuentes, métodos de imputación, causales de exoneración de responsabilidad, fuentes de derecho internacional que la sostienen, para posteriormente exponer la necesidad de su reconocimiento material a partir de la Constitución, con el fin de garantizar la vigencia plena de los derechos de la ciudadanía.

Bajo el marco constitucional boliviano se ha podido evidenciar que es necesaria una regulación infraconstitucional de desarrollo sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, empero dicha labor no solo debe ser encargada al Órgano Legislativo en el mediano plazo sino que debe ser asumida por el Órgano Judicial en el plazo inmediato puesto que resulta reprochable que el Estado pueda seguir obrando bajo un aparente manto de impunidad y que en consecuencia se produzcan daños injustamente soportados por los ciudadanos.

INDICE

Introducción	1
CAPITULO I	
ASPECTOS GENERALES	
1.1 Antecedentes del problema	3
1.2 Planteamiento del problema	8
1.3 Idea a defender	10
1.4 Objetivos general y específicos	11
1.4.1 Objetivo general	11
1.4.2 Objetivos específicos	11
1.5 Metodología de la investigación	11
1.5.1 Tipo de estudio	11
1.5.2 Diseño de investigación	11
1.5.3 Métodos de investigación	12
CAPITULO II	
MARCO TEORICO – PRIMERA PARTE	
2.1 Aspectos generales	13
2.2 El Estado Social de derecho	14
2.3 Fundamentos de la responsabilidad del Estado	15
2.4 Teorías del derecho público que sostienen la responsabilidad del Estado	16
2.4.1 Teoría de la expropiación	16
2.4.2 Teoría del sacrificio especial	18
2.4.3 Teoría de la igualdad ante las cargas publicas	18

2.4.4 Teoría del enriquecimiento sin causa	19
2.4.5 Teoría de los derechos adquiridos	19
2.4.6 Teoría del seguro contra el riesgo social	20
2.4.7 Teoría de la inviolabilidad de la propiedad	20
2.5 Elementos de la responsabilidad del Estado	21
2.5.1 Daño antijurídico	21
2.5.2 Título de imputación	25
2.5.2.1 Falla del servicio	26
2.5.2.1.1 Falla presunta del servicio.....	28
2.5.2.2 Responsabilidad objetiva	30
2.5.2.2.1 El daño especial	31
2.5.2.2.2 Riesgo excepcional	33
2.5.3 Nexo de causalidad	35
2.6 Causales que exoneran de responsabilidad al Estado	35
2.6.1 Fuerza mayor y caso fortuito	36
2.6.2 Hecho de la víctima y hecho de un tercero	41
2.6.3 Riesgos del desarrollo	43
2.6.4 El deber de soportar ciertos daños	44
2.7 Proceso de reclamación	45
2.8 Legitimación	49
2.9 Reparación integral	50
2.10 Caducidad de la acción	52
2.11 Acción de repetición	55

CAPITULO III

MARCO JURIDICO – LEGISLACION COMPARADA

3.1 Legislación internacional respecto a la responsabilidad extracontractual del Estado	57
.....	
3.1.1 Legislación Española	58
3.1.2 Legislación Colombiana	59
3.1.3 Legislación Venezolana	61
3.1.4 Legislación Mexicana	62
3.1.5 Análisis comparativo	64
3.2 La responsabilidad internacional de los Estados en la esfera interamericana de la protección de los Derechos Humanos	66
3.3 Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia	70
3.4 Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional	75

CAPITULO IV

NECESIDAD DE UN MARCO NORMATIVO QUE REGULE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO EN BOLIVIA

4.1 Marco constitucional de la responsabilidad extracontractual del Estado en Bolivia... 80	
4.1.1 Aplicación directa de la Constitución	80
4.1.2 Preceptos constitucionales que configuran la responsabilidad extracontractual del Estado boliviano	81
4.2 La responsabilidad de las entidades territoriales autónomas y el deber de legislar	83
4.3 Determinadas formas de responsabilidad patrimonial en los Órganos del Estado... 84	
4.3.1 Responsabilidad del Estado por error judicial	84
4.3.2 Responsabilidad del Estado por acto legislativo	89
4.3.3 Responsabilidad del Estado por la Administración sanitaria.....	93

CAPITULO V

CONCLUSIONES y BIBLIOGRAFIA

5.1 Conclusiones	97
5.2 Bibliografía	101

INTRODUCCION

Solo en los textos han quedado afirmaciones como las que aseguraban que el Estado no podía tener responsabilidad o que no se le podía demandar y que sus representantes no podían obrar mal.

Una parte en la formación del abogado que defiende los intereses del Estado se centra en el Derecho Público, más específicamente en el Derecho Administrativo, por lo cual dicha formación quedara incompleta si no se logra comprender los deberes y obligaciones que recaen sobre las instituciones y los funcionarios que la componen, dichas obligaciones podrán ser contractuales así como extracontractuales siendo eje central de la temática de la presente investigación la segunda, es decir la responsabilidad extracontractual del Estado.

Con la presente investigación se pretende fundamentalmente que los legisladores desarrollen los instrumentos jurídicos adecuados de regulación sobre el tema en cuestión, por tanto, cuenten con una base teórica que permita el arribo a dicho fin.

Por mucho tiempo ha sido sostenida y justificada la irresponsabilidad del Estado por tanto, tomando en cuenta que a partir de la Constitución de 2009, el constituyente ha propuesto un nuevo modelo de país conforme a una visión plural, con un cuerpo normativo altamente principista debe considerarse que institutos como la responsabilidad del Estado dejen de estar invisibilizados y debe impulsarse su implementación efectiva en el marco de la protección de los derechos, siendo el primer objetivo del presente trabajo el implementar las bases teóricas para una ley que llegue a desarrollar lo establecido por la Constitución en su artículo 113 párrafo I.

Por otra parte también se pretende despertar el interés de autoridades que componen el Órgano Judicial para que dirijan mayor atención hacia la responsabilidad extracontractual del Estado y cuando sea de su conocimiento reclamos cuya pretensión se basen en dicho instituto resuelvan de la manera más acorde a derecho, generando así las líneas jurisprudenciales que mejor protejan los intereses de los ciudadanos en tanto se generen las leyes pertinentes al efecto; asimismo también se pretende que se constituya en un aporte a la formación del profesional abogado que dedica sus conocimientos a la defensa jurídica del Estado y en sí a la defensa de la sociedad en su conjunto puesto que las leyes surgen de las necesidades de estos, entonces, si existe un vacío generado por la falta de regulación el único afectado será el ciudadano que sufre un daño antijurídico generado por alguno de los Órganos del Estado, viéndose sin opción de vía expedita y clara para demandar una eventual responsabilidad -como

ya se mencionó— extracontractual, convirtiéndose dicho escenario en una obligación tendiente a recibir una solución por parte de los juristas y las autoridades jurisdiccionales.

Ya adentrándonos en lo que respecta a la investigación se podrá observar que el segundo capítulo que la compone está dedicado al estudio de los aspectos más relevantes de la responsabilidad extracontractual del Estado para lo cual se hace un desglose de conceptos, teorías y en especial de los elementos que llegarían a constituir el instituto mencionado, aspectos básicos si se quiere llegar a entender y posteriormente a profundizar en el tema propuesto.

El tercer capítulo está estructurado en complementación al anterior, es decir, teniendo un panorama claro de los elementos que componen al tema de investigación se comienza a observar legislaciones de otros países y cuál es el tratamiento que se le da en los mismos, pasando a analizar también los pronunciamientos surgidos en la esfera interamericana de Derechos Humanos para posteriormente analizar los pronunciamientos emitidos tanto por el Tribunal Supremo de Justicia así como del Tribunal Constitucional Plurinacional de nuestro país, instancias que si bien no han tenido una vasta producción de sentencias sobre el tema, si han tenido la oportunidad de analizarlo aunque de manera muy escueta.

En el capítulo cuarto de la presente investigación ya se avanza hacia el desarrollo de las bases que deben guiar la estructuración de una norma que permita la regulación de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado desde una visión Constitucional, continuando con supuestos específicos y especiales de responsabilidad de los Órganos que lo componen, mismos que también merecen ser analizados empero ya con una sólida base del tema e inclusive que generan líneas de investigación independientes pero que son de gran aporte a efectos de la presente.

CAPITULO I

ASPECTOS GENERALES

1.1 Antecedentes del problema

En épocas en las cuales prevalecía la ley del Talión, comúnmente reconocida bajo la frase del “ojo por ojo y diente por diente”, las personas ante un hecho que les ocasionaba daño reaccionaban en consonancia con la autotutela.

El Código de Hammurabi, que data del año 1692 a.C. queda como prueba histórica de lo anteriormente señalado, puesto que en su contenido puede observarse disposiciones que hacían efectiva la reparación de un daño ocasionando otro daño proporcional al sufrido.

Por otra parte, el pentateuco señala lo siguiente: “Pero si hay otros daños, entonces pagaras vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe.” (Éxodo 21:23-25 Versión de Casiodoro de Reina).

Posteriormente se avanzará hacia la heterocomposición, por la cual ya no es la persona quien por si misma busca satisfacerse en su pretensión (justicia por mano propia) sino que deja la resolución del asunto en manos de un tercero; empero, solo a modo de aclaración, señalar que si bien la justicia por mano propia ha sido superada con el desarrollo de la ciencia del Derecho, actualmente la autotutela no está del todo desterrada del léxico jurídico o de la normativa vigente ya que en ciertos casos una persona puede hacer uso de la misma, ejemplo claro de lo señalado se observa en nuestro Código Civil el cual indica en su artículo 121 que una persona puede por sí misma cortar las raíces que hayan penetrado en su fundo.

Lo referido en el anterior párrafo no debe tomarse como un antecedente *per se* de la presente investigación, sino más bien se refiere a antecedentes genéricos de la ciencia del Derecho, aun así, nos otorga luces sobre como el hombre, o mejor la persona, ha buscado el equilibrio en su vida mostrando siempre su disconformidad ante el acaecimiento sobre sí, de daños que no tuviese porque tolerarlos.

Ya en la época romana se estableció una regulación más ordenada referente a la responsabilidad Civil a través de la ley Aquilia, misma que fue redactada por el pretor Aquilio, en el siglo III a.C. motivo por el cual la responsabilidad civil extracontractual también es

denominada como responsabilidad aquiliana; a través de dicha regulación se preveía contra el autor de ciertos daños una acción única; daños provenientes de hechos que necesariamente para ser considerados como tal debían revestir las siguientes características:

- a) Que el daño consistiere en la destrucción o deterioro material de una cosa corporal (*corpus laesum*) y que él fuese causado *corpore*, es decir por el cuerpo: el contacto mismo del autor del delito.
- b) Era necesario que el daño hubiese sido causado sin derecho (*iniuria*).
- c) Era necesario que el daño proviniese de un hecho del hombre.

Lo expresado es una breve mención histórica referida a la responsabilidad Civil, la cual fue evolucionando a través de las décadas y de las diferentes legislaciones en el mundo constituyéndose en punto de partida para entender que la persona siempre ha buscado el resarcimiento y la reparación cuando se encuentra ante hechos que no tienen una razón legítima de ser soportados. En esa línea de ideas, resulta lógico concluir que cuando el Estado ocasiona un daño a las personas deba también ser responsable por sus actos u omisiones, aunque dicha conclusión no haya sido tan clara en épocas anteriores.

Para comprender el camino recorrido en lo que se refiere a la responsabilidad del Estado, debemos hacer mención a lo que fue el Estado Absolutista en el cual regia las afirmaciones de Ulpiano: "*quod principi placuit legis habet vicem*" y "*princeps a legibus solutus est*" por las cuales se entiende que: la voluntad del príncipe tiene fuerza de ley y que el príncipe se encontraba desligado del cumplimiento de las leyes, respectivamente; todo ello aunado a la afirmación "*the King can do no wrong*" es decir que el Rey no puede estar equivocado, esto no en el entendido de que sus acciones sean legales, justas y enteramente ajustadas a derecho, más bien se constataba que no estaba sujeto a ningún otro poder o jurisdicción. Así las cosas, se constituye en más celebre aun la frase del Rey Luis XIV quien afirmaba: "*L'état c'est moi*" cuya significación sería "El Estado soy yo".

Gordillo (2013) señaló que al respecto existían locuciones como "*quod regis placuit legis est*" y "*le Roi ne peut mal faire*" -la decisión del rey es ley, y, el rey no puede dañar, respectivamente- también hace mención a referencias más siniestras como el "*Führerprinzip*", misma que fuera postulada por Adolf Hitler en su libro "*Mein Kampf*" por el cual se desarrolla el "principio de autoridad". (t. I.) (p. 124)

Lo referido en los párrafos precedentes son una breve mención en cuanto al modelo de Estado absolutista y la irresponsabilidad patrimonial de la que se encontraba investido por los daños que le eran atribuibles, ya que se tenía la concepción de un Estado Gendarme el cual postulaba como su filosofía de gobernanza el "*laissez faire, laissez passer*" cuyo entendimiento se limitaba al dejar hacer y dejar pasar, tomando en cuenta que dicho modelo de Estado era concebido para las tareas de defensa, seguridad, vigilancia del cumplimiento de las leyes de mercado sin intervención, por lo cual se consideraba que no podía dañar y en consecuencia no podía concebirse el hablar de una responsabilidad del mismo; modelo de Estado que fuera superado con la Revolución Francesa.

Con la llegada de la Revolución Francesa se instituyeron grandes cambios que en definitiva repercutirían en la historia, de esa manera se tendrá los primeros albores del Derecho Administrativo y con ello otro de los grandes aportes de dicha revolución, el principio de legalidad, aunque resulta de igual importancia resaltar que existen voces que afirman que el origen de dicho principio es distinto.

Trevelyan, 1980, citado por Malagón (2006) escribió:

"En realidad fue la Gloriosa Revolución Inglesa la que consagro por vez primera el principio de Legalidad porque prohibió que la ley pudiera ser modificada por el Rey, y se dispuso que esta solo podía ser cambiada por el Parlamento. Adicionalmente también estableció la independencia judicial para garantizar la supremacía de la ley sobre la voluntad del monarca, ya que Jacobo II había destituido a los jueces que se habían negado a interpretar la ley según sus designios" (p. 18).

Instituido el principio de legalidad y la necesidad de que los actos del Estado, o más bien, el ejercicio del poder sea sometido a derecho el cual determinase su legalidad, en Francia se aceptará la responsabilidad del Estado pero con determinadas dificultades ya que en pos de su protección se tuvo que hacer uso del art. 1348 del Código Civil Francés el cual consagra la responsabilidad de los amos y patronos, resultando de dicha práctica una responsabilidad indirecta, lo cual si bien constituía en un avance significativo, al estar basada en la culpa era el administrado quien debía probar la culpabilidad del Estado.

Si bien son varios los hechos históricos a los cuales se ha adjudicado el inicio de la Responsabilidad del Estado, al parecer la mayoría concuerda en que su verdadero origen se encuentra en "*l'arrêt Blanco*" o fallo Blanco, punto de partida jurisprudencial marcado por el Consejo de Estado Francés un 08 de febrero de 1873.

San Miguel (2013) expresa:

En virtud de este fallo se consagro no solamente la responsabilidad del Estado por daños causados por los servicios públicos sino también la competencia de la jurisdicción administrativa para conocer este tipo de demandas. De este modo se dio inicio a la construcción de la responsabilidad del Estado sobre bases diferentes al derecho civil. (p. 18).

En lo que respecta al Estado Plurinacional de Bolivia, desde su nacimiento inclusive, se tuvo la idea de una irresponsabilidad ya que éste no podía generar daño. Hubo ciertas normas que intentaron dar ese salto necesario en la legislación para lograr avances en lo que respecta a la responsabilidad extracontractual del Estado, sin embargo, al día de hoy dicho avance no ha logrado consolidarse plenamente ni siquiera de manera pretoriana.

La responsabilidad extracontractual del Estado ha transitado un camino largo hasta ser reconocida en nuestros días por varias legislaciones en el mundo a través de normas positivas y jurisprudencia, empero en el Estado Plurinacional de Bolivia las personas continuamente sufren daños de los cuales varios recaen en el ámbito de dicho instituto jurídico siendo la Administración la que debiera repararlos en el marco de un debido proceso. Esto último goza de particular importancia puesto que, al no haberse avanzado en el estudio y legislación del citado instituto, los daños que genera la administración son confundidos con los que pudiera generar cualquier otra persona sea individual o colectiva y por tanto su reclamación es deducida ante un juez en materia Civil, ejemplo de ello es el caso tramitado por el Gobierno Autónomo Municipal de La Paz en contra de la familia Brun cuyos hechos contenidos en el Auto Supremo 239/2012 de 25 de julio, relatan que se efectuó una demolición arbitraria generando un daño por el cual se condenó al primero a reparar el mismo a través del pago de una indemnización, más las costas del proceso. Otro ejemplo aún más evidente se encuentra registrado en el Auto Supremo 985/2015-L de 28 de octubre, emitido por el Tribunal Supremo de Justicia, en el cual se hace referencia al fallecimiento de una menor a causa de una descarga eléctrica en una infraestructura a cargo del Gobierno Autónomo Municipal de Cobija, caso que fue resuelto en todas sus instancias en la vía Civil ordinaria.

Estudiosos del derecho civil también incurren en la citada confusión, así tenemos que, Bustamante (2018) trata el estudio de un caso correspondiente a la responsabilidad extracontractual del Estado bajo los alcances del art. 984 del Código Civil boliviano (449-459); la poca claridad a la que se hace alusión puede ser solucionada entendiendo que la acción

ejercida y por tanto la pretensión que se impetra, no puede ser llevada adelante ante una u otra autoridad de manera conveniente puesto que no se encuentra sujeta a la discrecionalidad del reclamante, sino, nace del origen del perjuicio o daño alegado.

La especialización de los juristas conforme a los nuevos institutos jurídicos y lineamientos insertos en la Constitución Política del Estado implica también la búsqueda de soluciones que garanticen una adecuada protección de los intereses y derechos del individuo teniendo como fin el bien común, en ese sentido, mediante la presente tesis se plantea una investigación basada en los lineamientos doctrinales base, para el desarrollo legislativo infraconstitucional de la “Responsabilidad extracontractual del Estado” y la consiguiente propuesta de solución acorde a los lineamientos de la Constitución para una tutela efectiva de los intereses de la población como elemento fundamental del Estado, cuando ha sufrido un daño que es imputable a la administración pública y por otro lado aunque no menos importante, el deber de actuar con eficiencia y eficacia de las personas ligadas a ésta acorde a sus deberes positivos.

Para lograr la consecución del objetivo, se expondrá los lineamientos doctrinales que sostendrían una eventual reparación en base a daños imputables a la administración que a su vez se constituirá en base de una norma específica de desarrollo a la fecha inexistente.

El trabajo de investigación concluirá necesariamente con una propuesta de solución al problema evidenciado, comprobada que fuera la hipótesis planteada, con el objeto de otorgar seguridad en el ámbito jurídico para la población frente al accionar de la administración pública.

No existe una ampulosa bibliografía sobre la responsabilidad patrimonial extracontractual de la administración que haya sido producida en Bolivia, tampoco se tiene registros de una construcción pretoriana de dicho instituto por parte de los órganos de cierre en la administración de justicia, por lo cual corresponde a los juristas en particular, el desarrollar un estudio que permita llenar el vacío existente, en ese sentido la presente investigación concluirá necesariamente con una propuesta de solución al problema evidenciado, comprobada que fuera la hipótesis planteada, con el objeto de que posteriormente el legislador cumpla con su responsabilidad y construya el desarrollo infraconstitucional correspondiente al tema en cuestión.

1.2 Planteamiento del problema

Noticias como un accidente de tránsito producido por un vehículo en un sifonamiento; la caída de una rama de árbol sobre un motorizado estacionado en vía pública; disturbios en campos deportivos, o hechos más trágicos aún como el que una persona haya fallecido producto del impacto de proyectil perteneciente a la fuerza pública en un operativo realizado para detener un asalto; el fallecimiento de un estudiante por la caída de un tinglado a causa de acumulación de granizo en una unidad educativa o que una persona inocente haya sido declarada culpable dentro de un proceso penal por hechos que no había cometido y muchos otros similares, han ocupado los titulares de la prensa en nuestro país; por tanto, si es la administración quien ocasiona el daño y correspondientemente ante quien recae la responsabilidad, es entendible e incluso exigible que asuma la reparación de la misma y no solo esperar que los casos sigan su curso en el ámbito penal para su persecución ya que como la practica revela, con este tipo de procesos muchas veces solo se llega al agotamiento de las personas, extremo que también podría ser considerado como vulneración de derechos y por consiguiente merecedor de reparación.

Remitiéndonos a la legislación local, cabe poner en evidencia que en su momento Simón Bolívar había justificado el hecho de que en la norma fundamental se librara de responsabilidad al Presidente, mas no así al Vicepresidente y los Ministros, en esa línea, el art. 140 de la Constitución de 1826 expresaba que: “Los empleados públicos son estrictamente responsables de los abusos que cometieren en el ejercicio de sus funciones.”

Posteriormente, en el devenir de la historia nacional se tienen otros antecedentes jurídicos que se alejaban y acercaban hacia el establecimiento de una responsabilidad del Estado, aunque de manera muy tímida, entre ellos cabe resaltar la Constitución de 1831, texto normativo en el cual se establecería por primera vez el concepto de expropiación, concepto útil a efectos de la presente investigación, empero aun así no se había llegado al punto de reconocer la responsabilidad de la administración de manera clara y precisa.

Así también, la Constitución de 1967 ya establecía en su art. 34 que quien vulnerara derechos y garantías constitucionales quedaba sujeto a la jurisdicción ordinaria, precepto constitucional que en una interpretación concordante con los arts. 30, 62 inc. 3), 66 inc. 1), 68 inc. 11), 107, 118 incs. 5) y 7) del mismo cuerpo constitucional debieron ser suficientes para que el legislador hubiese diseñado el marco normativo de la responsabilidad extracontractual del Estado y que por las vías correspondientes tanto autoridades políticas como jurisdiccionales

hubieren promovido las correspondientes acciones de responsabilidad patrimonial del Estado, extremo que no ocurrió.

Posteriormente es el Código de Procedimiento Civil de 1975 que, sin tener exactamente el *nomen iuris* de error judicial, establecía en su art. 747 la responsabilidad civil de los magistrados y jueces, aunque de manera muy general y sin mayor detalle.

La ley Orgánica de Municipalidades de 10 de enero de 1985, como norma específica también hacía mención a la responsabilidad por acciones u omisiones que recaía directamente en el municipio otorgando el derecho a exigir la reparación correspondiente al daño, así se tiene de la lectura de sus artículos 116 y 117, lamentablemente la ley de municipalidades de 28 de octubre de 1999 no seguiría con el espíritu de los artículos previamente citados puesto que no es posible ubicar alguno similar en su contenido, sin embargo ésta presentará algo interesante en su art. 83 lo cual será desarrollado en el punto pertinente a la legitimación, cabe agregar que la Ley N° 482 de Gobiernos Autónomos Municipales tampoco hace referencia a la responsabilidad que recae sobre el municipio. Sin el ánimo de dejar inconclusa la mención al previamente citado art. 83, diremos que el mismo se acerca más a la regulación de lo que se conoce como infracción urbanística, puesto que en los alcances de dicho artículo no se estará ante el acaecimiento de un daño atribuible a la responsabilidad del Estado, esto aunado a que se le otorga la facultad de accionar a la administración en contra del particular y no al contrario, ello por tratarse del cumplimiento obligatorio de normas de urbanismo específicas, su sanción administrativa en caso contrario y si correspondiere la responsabilidad civil. No olvidemos que hasta antes de la creación de la Procuraduría General del Estado el encargado de la defensa jurídica de los intereses del país era el Ministerio Público por tanto es entendible que en el artículo citado se haga mención a dicha institución.

Por otra parte, también se tienen registros sobre intentos de darle el marco normativo correspondiente, así tenemos que Ossorio en su anteproyecto de Código Civil había incluido en su art. 928 lo referente a la responsabilidad del Estado justificando que éste origina agravios en los derechos de las personas y que negar su responsabilidad en un Estado de Derecho no se concibe.

En el año 2001 fue presentado el: Anteproyecto de ley de necesidad de reforma constitucional, elaborado por un Consejo Ciudadano entre los que resaltaban figuras públicas y académicas como: Carlos Mesa, Pablo Dermizaky, Jorge Asbun, entre otros, dicho

anteproyecto proponía en su art. 45 par. IV el reconocimiento de la responsabilidad del Estado por actos, omisiones y errores cometidos por autoridades y servidores públicos.

La Constitución Política del Estado vigente a partir de 2009 en su artículo 113 expresa que: “La vulneración de derechos concede a las víctimas el derecho a la indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna” consecuentemente es de esperar que la reparación ante una vulneración de derechos al estar consagrada constitucionalmente aunque de manera general, el Estado sea compelido también al cumplimiento de dicho precepto, aun con las limitaciones o de contrario con lo extremadamente amplia que parezca *prima facie* dicha disposición.

En base a lo señalado se plantea la siguiente interrogante:

¿Cuáles son las bases teóricas a ser observadas por el legislador en la configuración infraconstitucional de un cuerpo normativo a la fecha inexistente sobre la responsabilidad extracontractual del Estado y cuáles son los avances jurisprudenciales que pudieran impulsar dicha labor?

1.3 Idea a defender

La identificación de las bases teóricas que sustentan la responsabilidad extracontractual del Estado en armonía con las decisiones de los Órganos de cierre es necesaria para la promoción de la aplicación directa de la Constitución y la elaboración de una norma de desarrollo ya que se constituirá en una herramienta para la labor legislativa, eliminando así el vacío legal existente y que viene generando un escenario rupturista de la igualdad ante las cargas públicas.

La investigación tiene como variable independiente a “la responsabilidad patrimonial extracontractual de la administración” por la cual se entiende que su basamento se encuentra en el daño antijurídico que no ha surgido previamente por acuerdo de voluntades pero que ha sido ocasionado por la administración en contra de un individuo, mismo que debe ser reparado.

Asimismo, las variables dependientes que han sido establecidas para la presente investigación son:

- Los precedentes del Órgano Judicial, puesto que la legislación comparada ha demostrado grandes avances jurisprudenciales que han desarrollado o dado pie al avance de la responsabilidad por parte del estado y la consiguiente reparación patrimonial.

- Sentencias que declaren vulneración de derechos por parte del Estado, puesto que es a través de dichas resoluciones que se podrá encontrar el hilo conductor que señale si es que el Estado ha sido condenado por vulneración de derechos.

1.4 Objetivos general y específicos

1.4.1 Objetivo general

Justificar y demostrar el reconocimiento efectivo de la responsabilidad extracontractual del Estado desde la Constitución, misma que debe servir de base para su posterior desarrollo normativo con el fin de permitir ejercer al ciudadano el derecho a una justicia material con procedimientos específicos de reclamación, impugnación y reparación integral en caso de daños antijurídicos ocasionados por el Estado.

1.4.2 Objetivos específicos

Analizar las posiciones teóricas que sostienen la responsabilidad patrimonial del Estado.

Identificar los precedentes emitidos el Órgano Judicial en cuanto a la temática se refiere.

Comparar la legislación y jurisprudencia de los países de México, Colombia y España respecto a la resolución de casos en los cuales se demandó la responsabilidad patrimonial de la administración.

Identificar los fundamentos constitucionales que servirían de sustento para la elaboración de una norma específica.

1.5 Metodología de la investigación

1.5.1 Tipo de estudio

La investigación será desarrollada ajustándose a un tipo de estudio descriptivo, analítico y explicativo, identificando la interrelación de las variables que componen el problema lo cual conllevara a la comprobación de la idea a defender.

1.5.2 Diseño de investigación

Por las características intrínsecas del área de la investigación la misma será de tipo no experimental.

1.5.3 Métodos de investigación

Para el desarrollo de la investigación se empleará el método de análisis-síntesis el cual, como señala Villabella (2015) “Es aquel que posibilita descomponer el objeto que se estudia en sus elementos para luego recomponerlo a partir de la integración de estos, y destacar el sistema existentes entre las partes y el todo” (p. 937).

Junto a lo anterior, también se hará uso de los métodos: dogmático, entendido como el cual propone estudiar el ordenamiento jurídico para conocerlo, transmitir ese conocimiento, utilizarlo, optimizarlo y mejorarlo; y, hermenéutico, como forma de análisis tendiente a la interpretación.

Asimismo, se efectuará la utilización de la técnica documental entendida como una serie de técnicas de búsqueda, procesamiento y almacenamiento de la información (cita textual, resumen, comentario, etc.) contenida en los documentos, en primera instancia, y la presentación sistemática, coherente y suficientemente argumentada de nueva información en un documento científico, en segunda instancia. De igual manera se hará uso de técnicas argumentativas.

CAPITULO II

MARCO TEORICO – PRIMERA PARTE

2.1 Aspectos generales

A modo de introducción, cabe puntualizar que al sostener que el Estado tiene responsabilidad en el desarrollo de sus actividades, ya sea de manera contractual o extracontractual y consiguientemente el deber de responder por ellas, no significa que se esté señalando que sea la propia administración la causante de daños, ya que, como persona colectiva reconocida así por el Código Civil en su artículo 52, no tiene voluntad propia y por tanto es incapaz de desarrollar actos u omitirlos. Cuando se refiere a la responsabilidad del Estado o de la administración se está indicando que las acciones desarrolladas son realizadas por personas individuales y que las acciones de dichas personas deben ser imputadas al Estado acogiéndonos de tal manera a la “Teoría del órgano”.

Según expresa Marienhoff (1995) “En el cumplimiento de sus funciones y en el ejercicio de sus actividades, es comprensible que el Estado llegue a lesionar a los administrados o particulares, sea en sus derechos patrimoniales o no patrimoniales. De ahí surge el problema de la "responsabilidad del Estado". ¿Es éste responsable por los daños que ocasione?” (p. 716)

Tanto Gordillo como Marienhoff concuerdan en que la responsabilidad a atribuirse al Estado puede ser de dos tipos esenciales: contractual y extracontractual, siendo a efectos de la presente investigación la última de ellas a ser desarrollada.

Aunque no es parte de la presente investigación conviene resaltar la afirmación de los hermanos Mazeaud quienes señalaban que existe la tentación de que si se puede empezar a desarrollar una temática sin definirla primeramente debía ser la correspondiente a la responsabilidad civil puesto que desde ese punto ya acarrea profundas divergencias principalmente entre quienes defienden la doctrina tradicional de la culpa y por el otro vértice quienes acogen la moderna del riesgo. Cabe tener dicha afirmación en cuenta puesto que la responsabilidad del Estado se nutre en primer lugar de los avances estructurados en el ámbito Civil del derecho.

2.2 El Estado Social de derecho

El Estado Social y democrático de derecho profesa como ideal de su estructura, la consolidación de una sociedad equitativa y justa que se encuentre subordinada al ordenamiento jurídico, en dicho sentido se buscara construir dentro de la Constitución un sistema de control que permita que la institucionalización del poder orientada a la realización de los fines del Estado cuente con límites y controles insertos en dicha norma suprema que le garanticen su fuerza, desde la cúspide de la estructura normativa.

Para la materialización de los fines del Estado Social de derecho -un modelo opuesto al absolutismo y la arbitrariedad- éste predica un sistema de frenos y contrapesos en el ejercicio del poder, empero no limitado a simples formalismos o juicios de legalidad alejados de los principios y valores, sino que implicara un posicionamiento ideológico, respeto a los derechos fundamentales, prevalencia del interés general, el control social, la participación ciudadana, etc., conceptos que se han sido tomados en cuenta en su momento por el constituyente para la elaboración de la actual norma suprema que rige en nuestro país.

El constituyente del Estado plurinacional de Bolivia con la puesta en vigencia de la Constitución de 2009 a querido dar un viraje en su historia, así lo demostraron las luchas sociales que la antecedieron, en ese sentido ya desde el artículo 1 de la Constitución puede observarse que no se ha limitado a encasillar al país emergente como solamente Estado Social de derecho, sino que ha incorporado una nueva categoría como es el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, apartándose de la significación del Estado moderno pensado a partir de la homogeneidad, es decir, se parte desde lo diverso y lo plural para la construcción del Estado, dicha nueva categorización estará acompañada de otros conceptos realizando, o más bien, enfatizando siempre la diversidad existente en el país.

Aun con la búsqueda de un nuevo modelo de Estado basado en la complementariedad entre las culturas no se pretende decir que el amplio bagaje doctrinal existente en torno al Estado Social y Democrático de Derecho sea distinto o no sea aplicable a nuestro Estado, lo contrario saldrá a la luz fácilmente interpretando sistemáticamente el contenido íntegro de la Constitución y poniendo en evidencia el desarrollo de sus instituciones.

El Secretario General del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (2004) en cuanto al concepto de Estado de Derecho ha expresado que:

Se refiere a un principio de gobierno según el cual todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a unas leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. Asimismo, exige que se adopten medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, rendición de cuentas ante la ley, equidad en la aplicación de la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal. (p. 5)

En consecuencia, el modelo de Estado boliviano propugna una igualdad entre todos eliminando todo tipo de barreras o discriminación, en especial si se toma en cuenta que se ha superado el multiculturalismo liberal en el cual se consideraba a los pueblos indígena, originario, campesinos como minorías, contrario a la nueva visión de Estado Plurinacional; por tanto, si volcamos la mirada a la esfera patrimonial los postulados de igualdad serán equivalentes, vale decir que cualquier acto que atente en contra de dicha igualdad debe ser reparada, más aún si el causante de provocar dicho desequilibrio es el Estado producto de una lesión antijurídica imputable a la administración.

2.3 Fundamentos de la responsabilidad del Estado

Sobre los fundamentos de la responsabilidad del Estado, Marienhoff (1995) señala que existen cuatro criterios que lo sostienen a saber:

a) Los riesgos sociales, con lo cual se excluiría la culpa estatal para el resarcimiento del daño empero el mismo autor señala que dichos riesgos podrían ser la causa, pero de ninguna manera el fundamento de la responsabilidad estatal entendida como la obligación de resarcir al damnificado.

b) Otro criterio y que fue adoptado por Bielsa en Argentina se refiere a la existencia de una ley formal que expresamente reconozca la responsabilidad del Estado puesto que éste no tendría un fundamento jurídico propio, posición que fue objetada y sobre la cual inclusive el propio Marienhoff indica que dichos fundamentos no son otros que los principios sobre los cuales se asienta el Estado de Derecho.

Observando ya nuestra propia legislación bastaría con observar la Constitución Política del Estado para evidenciar el abanico de principios y disposiciones que se enuncian, los cuales si bien no de manera puntual sino implícitamente, respaldan la responsabilidad del Estado.

c) Dentro del tercer criterio expuesto por Marienhoff se señala que la responsabilidad del Estado emerge de la lógica jurídica ya que no existiría una razón distinta de la que se utiliza entre las personas privadas para justificar dicha responsabilidad, en todo caso lo contrario, es decir la inmunidad del Estado es lo que precisaría ser justificada.

d) Marienhoff afirma que ninguno de los tres anteriores criterios puede ser tomado por sí mismo como fundamento de la responsabilidad del Estado ya que el mismo se encuentra en lo que engloba el concepto de Estado de Derecho.

Lo mencionado concuerda con la postura que representa un Estado de Derecho en el que no solo las personas están subordinadas a las leyes (ley entendida en su más amplia conceptualización, no solo como aquellas que son emitidas por el Órgano Legislativo sino todas las que componen el ordenamiento jurídico, empezando por la Constitución) sino que vinculan al propio estado y a todos los órganos e instituciones que la componen.

2.4 Teorías del derecho público que sostienen la responsabilidad del Estado

Abalos (1996) señala las siguientes ocho teorías dentro del ámbito del derecho público que sostendrían la responsabilidad del Estado (563-565).

2.4.1 Teoría de la expropiación

Mediante esta teoría se propugna que los principios que rigen a la expropiación son aplicables también a la responsabilidad del Estado, teoría que es atribuida al jurista italiano Consolo. El instituto de la expropiación ha sido recogido por el artículo 57 de la Constitución Política del Estado, disposición que a su vez señala que para su procedencia debe existir la necesidad y la utilidad pública calificada conforme a ley y que debe mediar una indemnización justa.

Se denomina expropiación al instituto perteneciente a la rama del derecho público, por el cual se priva de un bien a su titular, previo trámite y pago de indemnización, tomando en cuenta la necesidad y utilidad pública o el incumplimiento de una función social de dicha propiedad. Cabe aclarar que la expropiación no solo procede sobre bienes materiales sino también sobre bienes inmateriales o intelectuales.

En palabras de Martínez (1996) todo lo que es susceptible de ser objeto del derecho de propiedad puede ser expropiable (526).

En el ámbito nacional, al margen de la Constitución ya referida, puede observarse la ley de propiedad intelectual de 13 de noviembre de 1909 abrogada por la ley N° 1322 de 13 de abril de 1992, la cual en su artículo 18 contemplaba la expropiación de obras ya publicadas; en la misma línea la ley de privilegios industriales de 12 de diciembre de 1916 normativiza expresamente la expropiación de inventos de provecho general.

Si nos referimos a la responsabilidad extracontractual del Estado, la misma puede surgir de cualquiera de las actividades de este último pues en su desarrollo es posible que pueda causar perjuicios a los habitantes.

En base a lo señalado se puede concluir que, la expropiación está destinada a indemnizar de manera legal y reglada la privación de derechos por la potestad con la que cuenta el Estado en pos de la satisfacción del interés general, provocando deliberadamente un daño en el cual siempre mediara una previa indemnización, se entenderá que aun con más razón, aquellos daños producidos por el Estado ya no en el ejercicio de una potestad sino en contra de las garantías de los ciudadanos deba también ser merecedora de reparación puesto que los mismos estarán siendo provocados no de manera deliberada por la exigencia general o como exigencia para la satisfacción del interés público.

Otra de las diferencias se suscita en el hecho de que la indemnización en la expropiación se da previo al desposeimiento o privación de la propiedad, en cambio en la responsabilidad extracontractual de la administración, la reparación se dará después de generado el daño.

Si bien en el fondo puede aceptarse la premisa de esta teoría para justificar la responsabilidad del Estado, tomando en cuenta que la propiedad de un individuo debe ceder ante las necesidades de la sociedad bajo parámetros de necesidad y utilidad pública, mediando siempre una indemnización; teoría que inclusive ha tenido adherentes en la Argentina especialmente para sostener que por analogía pueda limitarse la cuantía de la misma y los rubros a los cuales habría de aplicarse; no debe pasarse por alto que entre ambas instituciones, es decir expropiación y responsabilidad del Estado, existen diferencias sustanciales como que la primera se da con observancia en la utilidad pública y el bien común, en cambio dentro de la responsabilidad del Estado también se tiene los daños injustamente

sufridos pero que no son generados con miras de utilidad pública y bien común, no siendo estos ajenos al instituto de la responsabilidad extracontractual de la administración.

2.4.2 Teoría del sacrificio especial

Esta teoría es atribuida a Mayer (1904) en la doctrina alemana, quien propugnaba que hay perjuicios que pueden producirse en la relación Estado-individuo ante los cuales nada se puede hacer ya que son propios de las condiciones de existencia del Estado, sin embargo en todo daño que haya sido generado por consecuencia de la actividad del mismo Estado y que afecte a un individuo de manera desigual y desproporcionada respecto con los demás empezaría a actuar la equidad, por tanto si el mismo se traduce en un daño material habrá lo que se denomina sacrificio especial siendo sujeto a compensación por parte del Estado (217).

Esta teoría es una de las que más aceptación ha tenido dentro la doctrina Argentina puesto que se fundamenta en el principio de igualdad ante la ley, la cual si bien no se encuentra expresamente prevista en la Constitución de Bolivia sí se lo tiene como uno de los valores sobre los cuales se sustenta tal como se señala en el artículo 8 parágrafo II, concordante con el artículo 14 parágrafo I del mismo texto, siendo aún más clara esta última disposición ya de ella se desprende que todas las personas gozan de los derechos que de la Constitución emergen sin distinción, por ello resultaría inadmisibles que el sacrificio de unos no fuera restablecido por el Estado para lograr nuevamente la igualdad entre todos.

2.4.3 Teoría de la igualdad ante las cargas publicas

Teoría atribuida a Teissier quien refería que las cargas dirigidas al interés de todos no pueden ser sufridas por unos más que por otros, consiguientemente los daños excepcionales deben ser reparados, indemnizados con el presupuesto al cual contribuye toda la colectividad, agregando que los daños resultantes del ejercicio legal y regular del poder público deben de soportarse sin indemnización puesto que es una exigencia de la vida en común. Aun conforme lo señalado, también agrega que, si el Estado realiza un acto perjudicial a un habitante haciéndole sufrir un daño injusto respecto a sus pares, es el mismo Estado quien se encuentra obligado a la indemnización con la finalidad de no romper el principio de equidad, la igualdad de la cual son beneficiarios todos los habitantes, es decir que la reparación se encuentra abierta a los ciudadanos perjudicados con un actuar ilegal del poder público.

Según Abalos (1996) el razonamiento realizado por Teissier se encuentra basado en el art. 13 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano (563).

2.4.4 Teoría del enriquecimiento sin causa

Esta teoría es atribuida al profesor francés Maurice Hauriou quien consideraba que el principio de la justicia sobre el cual debía cimentarse la indemnización es el enriquecimiento sin causa, es decir en hechos por los cuales el Estado hiciera uso de los poderes exorbitantes de los que goza como ser: la expropiación, trabajos públicos, legislar, etc., acciones por las cuales se denotará disminución en el patrimonio del individuo (perjuicio especial del administrado), inexistencia de una justa causa y enriquecimiento del Estado.

2.4.5 Teoría de los derechos adquiridos

Esta teoría es atribuida al alemán Gierke quien asegura que la responsabilidad del Estado se basa en un principio de derecho natural, el de la inviolabilidad de los derechos adquiridos, es decir que cuando la Constitución reconoce ciertos derechos fundamentales del hombre es obligación del Estado el indemnizarle cuando los mismos resulten afectados y exista un perjuicio en el particular, ya que el reconocimiento realizado por la Constitución convierte dichos derechos naturales en derechos positivos que se incorporan al patrimonio.

En cuanto a los derechos adquiridos, el entonces Tribunal Constitucional de Bolivia a través de la Sentencia Constitucional 1421/2004-R de 6 de septiembre dejó establecido que:

...según la doctrina se entiende que los derechos adquiridos o constituidos aquellos derechos que han entrado al patrimonio de una persona natural o jurídica y que hacen parte de él, y que por lo mismo, no pueden ser arrebatados o vulnerados por quien los creó o reconoció legítimamente, dicho de otra manera, son aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una ley, y que por lo mismo han creado a favor de sus titulares un cierto derecho que debe ser respetado. Se entiende que en el marco del principio de la seguridad jurídica, tales derechos deben ser respetados íntegramente mediante la prohibición de que las leyes posteriores pretendan regularlos nuevamente.

Podría surgir la tentación de afirmar que el texto constitucional expresa en su art. 113 una redacción inspirada por esta teoría puesto que dicho artículo no especifica la responsabilidad o el daño como su eje central sino más bien la vulneración de derechos y el deber de reparar a quien se haya afectado.

2.4.6 Teoría del seguro contra el riesgo social

Duguit quien, distanciándose de las ideas de ilegalidad o culpa, genera un criterio objetivo el cual es el riesgo.

Señalaba que es deber del Estado el actuar en beneficio de la comunidad y si su accionar genera riesgo es natural que el mismo deba correr con su reparación, así el Estado de cierta manera se convierte en asegurador de lo que viene a denominarse riesgo social; el Estado como representante de la comunidad tiene la carga de efectuar una adecuada distribución del riesgo mediante el pago de indemnización.

Entonces, si se afirma que el Estado es responsable, no lo será por el actuar de sus agentes sino por el hecho de que es asegurador de los administrados contra todo riesgo social, contra cualquier daño generado a través de su intervención.

Esta teoría ha sido criticada por Marienhoff quien, como ya ha sido señalado, considera que el riesgo puede ser la causa de los perjuicios pero no el fundamento de la responsabilidad estatal.

2.4.7 Teoría de la inviolabilidad de la propiedad

Cuando se ha intentado brindar tutela a derechos basados en la responsabilidad estatal, los tribunales de justicia como en Argentina usualmente encontraron en la inviolabilidad al derecho de propiedad el fundamento para su determinación.

Nuestra jurisprudencia no es tan rica en desarrollo doctrinario sobre el particular, sin embargo cabe hacer una aclaración ya que cuando se habla de la propiedad lo regular es que se lo analice bajo el concepto del Derecho Civil, es decir el derecho de propiedad.

Morales (1992) comentando el Código Civil señala: “La definición del art. 105 corresponde al *derecho de propiedad* y no a la propiedad que -como se ha dicho- es una relación de orden económico.” (p. 211)

La basta jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional Plurinacional se basa en el derecho de propiedad, aun así, se observará que con la emisión de la Sentencia Constitucional Plurinacional 0121/2012 de 2 de mayo, se ha dado un paso más al señalar que el derecho fundamental de propiedad genera obligaciones negativas para el Estado resumidas en: a) prohibición de privación arbitraria de propiedad; y, b) prohibición de limitación arbitraria de propiedad.

2.5 Elementos de la responsabilidad del Estado

Para que se esté ante un hecho generador de responsabilidad patrimonial de la administración y por consiguiente el afectado pueda reclamar la correspondiente indemnización, deberá observarse cuales son los elementos que la componen.

2.5.1 Daño antijurídico

Previo a entrar en el análisis del punto específico referido al daño antijurídico como componente de la responsabilidad del Estado, se hace imperioso establecer la noción que se tiene de daño, no siempre fácil en su búsqueda ya que el concepto que ha de esgrimirse otorgara el marco en cuanto al alcance de la reparación, en ese entendido se tomara la posición del profesor Henao quien realizando un estudio del daño le ha dado una conceptualización bastante enriquecedora.

Henao (2015) señala:

...daño es toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, trátase de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, de derechos individuales o de colectivos, que se presenta como lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce pacífico y que, gracias a la posibilidad de accionar judicialmente, es objeto de reparación si los otros requisitos de la responsabilidad civil –imputación y fundamento del deber de reparar– se encuentran reunidos. (p. 280)

El mismo autor indica que al hablar de intereses pecuniarios y no pecuniarios se realiza una distinción de la naturaleza económica y no económica del interés lesionado, importante a efectos de la reparación, puesto que cuando se haya lesionado un interés pecuniario el resarcimiento será económico ya que los derechos pecuniarios tienen valor de cambio, sin embargo cuando la lesión revista carácter no pecuniario la reparación puede ser de formas diferentes a la económica y si se otorgase una suma de dinero la misma no sería equivalente al daño sufrido sino a una simple compensación ya que la honra, la dignidad, la libertad de locomoción por ejemplo no pueden ser valorados económicamente lo cual no impide que cuando se los haya lesionado tengan que ser sujetos de reparación. Por lo expuesto puede evidenciarse la importancia de tener un entendimiento cabal del daño puesto que su sola existencia implica una reparación.

Del concepto antes señalado también se observa que la lesión puede recaer en intereses individuales o colectivos, esto tomando en cuenta que la lesión recaiga bien en una

persona individual o en una pluralidad de personas. Cuando estamos frente a este último tipo de escenarios también habrá que diferenciar si existen derechos o intereses difusos con objeto no divisible, con aquellos otros intereses de grupo en los cuales si puede existir una diferenciación lo cual determinara que en legislaciones como la colombiana se tramiten mediante una acción popular o mediante una acción de clase o de grupo.

Dentro de nuestra jurisprudencia también se ha observado la diferenciación entre derechos o intereses colectivos, difusos o individuales homogéneos o de grupo, así la Sentencia Constitucional Plurinacional 176/2012 de 14 de mayo ha señalado:

i) Derechos o intereses colectivos en sentido estricto, correspondientes a un colectivo identificado o identificable como son por ejemplo las naciones y pueblos indígena originario campesinos (art. 30.II de la CPE), cuyos componentes están organizados y mantienen relaciones orgánicas entre sí.

ii) Derechos o intereses difusos, que corresponden a una pluralidad de personas que no pueden determinarse, lo que puede suceder por ejemplo cuando la distribución de un medicamento dañado amenaza a todo potencial usuario. Asimismo, por la naturaleza de estas circunstancias no existe la posibilidad de concebir que la pluralidad de sujetos estén organizados mediante mecanismos de coordinación de voluntades y menos que tengan una relación orgánica entre sí;

iii) Derechos o intereses individuales homogéneos -que en el marco de la SC 1018/2011-R de 22 de junio, se denominan intereses de grupo-, corresponden a un conjunto de personas que accidentalmente se encuentran en una misma situación cuyos componentes individualmente cuentan con derechos subjetivos por un «origen común» siendo sus acciones procesales divisibles, pero que en virtud al principio de economía procesal se pueden tratar de forma colectiva, aspecto que sucede por ejemplo cuando un producto defectuoso provocó daños en la salud de varios individuos, en dichos casos los afectados buscarán el resarcimiento, pero para no iniciar sucesivas demandas civiles en detrimento a la administración de justicia pueden resolverse en una misma sentencia.

Para el citado tribunal la diferenciación que ha sido señalada dará lugar a que en caso de encontrarse ante una acción de cumplimiento verificara si existe un derecho o interés, colectivo o difuso, para su tratamiento sin embargo si se presenta el caso en que exista un interés individual cuya protección es solicitada por un grupo de personas su resolución se dará

a través de la acción de amparo constitucional, haciendo mención que los derechos o intereses individuales homogéneos no se tutelan a través de la acción popular.

Como bien lo ha expuesto el citado Tribunal, Colombia reconoce acciones colectivas, entre ellas la acción popular y las acciones de grupo, esta última será resuelta por un juez contencioso administrativo si es que el daño provino de una entidad pública, en otros supuestos el llamado a conocer dichos casos será un juez civil puesto que la finalidad de un interés de grupo es la búsqueda de una indemnización por el daño sufrido, este es el sentido que se adoptó en base a los antecedentes de las *class actions* provenientes del derecho anglosajón, teniendo así que la diferenciación radicaría en que la acción popular se establece de manera preventiva para la protección de derechos e intereses colectivos, en cambio las acciones de grupo tienen por finalidad el resarcimientos de daños ya ocasionados. El requisito resaltante para interponer la acción de grupo es que el número de víctimas no sea menor a veinte.

Retomando, tenemos que Henao señala a la definición de daño por él esgrimida, incluye la sola alteración del goce pacífico del derecho ya como daño puesto que este último se compondría de tres etapas: la primera empezaría desde la alteración del goce pacífico del derecho o interés sin que se haya dado inicio a la lesión definitiva; la segunda iniciaría desde que se ha dado la lesión definitiva del derecho y su continuación lo que en doctrina se conoce como daño continuado; y, la tercera se daría cuando el derecho ha sido lesionado definitiva y totalmente. Por tanto, el peligro de daño también sería de incidencia negativa en el valor de un bien, por lo cual resulta importante su consideración. Cabe aclarar que la primera acepción previamente señalada no tiene respaldo en la tradición doctrinaria civilista ni en las corrientes de responsabilidad del Estado puesto que en ellos se exige que el daño sea real, cierto, efectivo y patrimonialmente evaluable.

Ahora bien, ya en lo que respecta al daño antijurídico puede señalarse que es un postulado con origen español atribuido al jurista Eduardo García de Enterría quien ha realizado estudios minuciosos sobre el tema en base a la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 de su país natal, tomando como fundamento el concepto de lesión.

La jurisprudencia colombiana a referido que la responsabilidad del Estado con el pasar de los años ha ido evolucionando alrededor del concepto de “daño antijurídico” plasmado en el artículo 90 de la Constitución de dicho país, tal es así que en la Sentencia C-286/17 emitida por la Corte Constitucional de Colombia se señala:

...el concepto de daño antijurídico establecido en el artículo 90 Superior, se transformó efectivamente en el eje central de la responsabilidad del Estado a partir de la Constitución de 1991, dándole un mayor énfasis a la idea de daño, que a factores subjetivos como el dolo o la culpa. Lo anterior significó en la práctica, el paso de una idea clásica de responsabilidad patrimonial del Estado relacionada tradicionalmente con la falla del servicio, esto es, con la idea de una irregular actuación estatal bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía, a una hipótesis de responsabilidad patrimonial del Estado más amplia, ligada al daño antijurídico.

(...)

Así, se ha entendido que el daño antijurídico es aquel perjuicio que le es generado a una persona y que ésta no tiene el deber jurídico de soportar, razón por la cual, le corresponde una indemnización, como resultado de un reconocimiento dirigido a lograr la adecuada reparación de la víctima, y nunca bajo una óptica sancionatoria impuesta en contra del Estado o sus agentes

El concepto de daño antijurídico en el marco de la responsabilidad del Estado, no es ajeno al entendimiento de nuestras cortes ya que el Tribunal Constitucional a través de la Sentencia Constitucional Plurinacional 0564/2014 de 10 de marzo ha dejado establecido que:

Cabe referir sin embargo, que esta atribución y obligación del Estado de reparar el daño ocasionado por uno de sus Órganos o algún funcionario público dependiente del Estado, solo será posible cuando la lesión se halle directamente vinculada con el servicio que dicho funcionario está obligado a prestar; es decir, el patrimonio del Estado únicamente puede ser comprometido a efectos indemnizatorios, cuando el daño antijurídico causado sea grave y tenga relación con las atribuciones del Órgano, institución o funcionario responsable y emerja como consecuencia de una falla en el servicio público que presta, sin importar que el error sea evidente o manifiesto ni que la equivocación se deba a dolo, culpa o falta de diligencia, toda vez que estos supuestos no afectan la responsabilidad ante la evidencia del hecho.

Del extracto jurisprudencial citado pueden evidenciarse dos aspectos importantes entre los cuales se destaca que el dolo, la culpa o la falta de diligencia no afectan al establecimiento de la responsabilidad del Estado.

Por otra parte, aunque nuestro Tribunal Constitucional también identifica en el daño antijurídico un elemento para la determinación de la responsabilidad del Estado, deja claramente establecido que este debe estar en relación con las atribuciones de alguno de los Órganos que compone al propio Estado y como corolario, que dicha reparación debe estar netamente ligada a la falla del servicio, es decir una responsabilidad basada en la culpa, empero inmediatamente después señala que el dolo, la culpa o la falta de diligencia no afectan la responsabilidad ante la evidencia del hecho, esto último acarrea consigo dos connotaciones: la primera que si para la determinación de la responsabilidad el dolo, la culpa y la falta de diligencia no afectan al hecho dañoso se reconoce implícitamente la responsabilidad objetiva, y la segunda, la preponderancia que se le asigna al brocardo *iura novit curia*, es decir que en la responsabilidad del Estado dicha máxima cobra mayor relevancia puesto que, no se le puede exigir a la víctima que al intentar una demanda de reparación adecue su pretensión a algún título de imputación como causal posterior de desestimación si es que la misma no fuese la adecuada ya que al evidenciar el hecho debe ser el juzgador quien de ultima realice el ejercicio de descartar primero la falla del servicio para posteriormente analizar el riesgo excepcional y el daño especial.

Cabe puntualizar que al hablar de daño antijurídico, debe colocarse al daño como factor determinante para el establecimiento de la responsabilidad, como bien señala la doctrina podría haber daño y no existir responsabilidad del Estado sino existe un título de imputación, de tal manera que un estudio de la responsabilidad del Estado sin el concepto de daño se tornaría en un esfuerzo fútil aun cuando medie la falla del servicio puesto que si una persona no ha sido dañada no tiene por qué ser susceptible de reparación ya que dicho extremo significaría enriquecerla sin causa.

2.5.2 Título de imputación

Otro de los elementos para que se configure la responsabilidad del Estado y por ende se proceda a la reparación, es que el daño antijurídico le sea imputable, lo cual a su vez ocurrirá cuando el juzgador a través de un juicio de imputabilidad encuentre un título jurídico que legitime la pretensión y en la cual fundamente su decisión, en aplicación del brocardo *iura novit curia* como ya ha sido señalado.

La imputación es el vínculo que une, o mejor, que permite evidenciar la relación causal entre el daño y quien lo produce, el sujeto que lo produce, con lo cual a su vez se podrá imponer al Estado la obligación de reparar el daño ocasionado.

Es indiscutible que cuando se trata el tema de la responsabilidad del Estado debe existir una manifestación de su voluntad sea que la misma se encuentre exteriorizada a través de actos, hechos e incluso de omisiones revestidas de irregularidad, derivándose de ello un daño antijurídico, mismo que como ha sido señalado no tenga por qué ser soportado por el administrado y en último caso, si se entendiese lo contrario, ello deberá estar específicamente expresado en la norma bajo el razonamiento de que existen daños que deben ser soportados por el individuo como una de las condiciones de vivir en sociedad, sin perder de vista que en dichos casos no se deberá estar ante un escenario que ocasione la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas ya que de ser así, incluso se podría determinar la responsabilidad del Estado por acto legislativo.

Un estudio de los títulos jurídicos de imputación se hace imprescindible, especialmente en países cuya tradición sobre la responsabilidad del Estado recién se encuentra en formación como sucede en el caso boliviano, ello con la finalidad de tener una visión clara de sobre qué hechos puede esperarse razonablemente la reparación.

2.5.2.1 Falla del servicio

La falla del servicio, teoría de origen galo, fue alcanzando mayor desarrollo a través de los *arrets* (fallos) emitidos por el Consejo de Estado Francés, en específico su inicio se dio a través del fallo Pelletier.

En el caso Pelletier se demandaba la nulidad de la confiscación del periódico que precisamente el señor Pelletier pretendía publicar, su restitución y el consiguiente pago por los perjuicios ocasionados. Al ser los demandados miembros de la administración y la policía, tomando en cuenta que dicha demanda se la realizó ante el Tribunal Civil de Senlis, fue este mismo quien evidenció su incompetencia, determinando que las demandas cuya pretensión versara sobre indemnización por perjuicios ocasionados por el Estado (falla del servicio) se adecuaban a la falta administrativa por tanto su resolución correspondía a un Tribunal Administrativo, distinguiéndose de la responsabilidad o falta personal de los funcionarios cuya resolución correspondería a un tribunal ordinario o juez civil.

Si bien el fallo Blanco ya había señalado a la autoridad competente en ocasión de responsabilidad del Estado, el fallo Pelletier confirmó la competencia de la jurisdicción administrativa.

Al respecto Mir (2002) señala:

La *faute de service* es entendida como una culpa objetiva, como un defectuoso funcionamiento de los servicios públicos, representa la desviación de la Administración del modelo de conducta para ella fijado. Lo más habitual es que toda falta de servicio, grave o no, desencadene la responsabilidad administrativa, y que deba ser la víctima quien pruebe la existencia de la misma. En no pocas ocasiones, sin embargo, la jurisprudencia francesa exige que la falta de servicio sea grave para que nazca la responsabilidad de la Administración; dicha jurisprudencia también ha establecido, por otro lado, presunciones de culpa, de falta de servicio, que eximen a la víctima de probar su concurrencia. (p. 182)

Por su parte, el Consejo de Estado colombiano a través de la sentencia del 24 de febrero de 2005 ha señalado:

No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia, entre ellos el de la tradicional falla del servicio, dentro del cual la responsabilidad surge a partir de la comprobación de la existencia de tres elementos fundamentales: el daño antijurídico sufrido por el interesado, el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada, y finalmente, una relación de causalidad entre este último y el primero, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio (...)

En base a lo anterior, puede evidenciarse que nos encontramos ante la falla del servicio cuando: el servicio público funcione mal, el servicio público no funcione o el servicio público funcione tardíamente, siendo directamente responsable la administración por haber ocasionado un daño en la víctima o usuario, dicho daño debe ser ocasionado por un funcionario en el ejercicio de sus deberes y en la prestación de un servicio y no debe serle imputable

personalmente, aspectos por los cuales se exigirá que sea la persona que reclama la reparación por parte del Estado quien pruebe la falla del servicio.

Asimismo, Ruiz (2013) detalla que dentro de la falla del servicio pueden distinguirse las siguientes tipologías: falla probada, falla anónima, falla relativa y falla presunta. (p. 8)

La falla probada tendrá el componente clásico de la responsabilidad en la cual deberá demostrarse la falla del servicio, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre ellos.

En la falla anónima se toma en cuenta los hechos para lograr convicción de que el hecho dañoso fue provocado por la administración sin que sea relevante la individualización plena del agente del daño, bastara con que se tenga certeza de que el daño provino del Estado.

La falla relativa se encuentra basada en el principio de que nadie se encuentra obligado a lo imposible, principio que también se aplica al Estado, piénsese por ejemplo en la quema de un motorizado ante lo cual se convoca a la autoridad pública quien acude al lugar cuando el daño ya se ha consumado, en esta situación el Estado no tendrá responsabilidad puesto que debe tomarse en cuenta el tiempo prudencial en que el agente pudo hacerse presente, de tal manera que el incumplimiento del Estado que genere un daño antijurídico debe también estar precedida de las posibilidades concretas del servicio.

La falla presunta del servicio al haber alcanzado un desarrollo doctrinal amplio y con diversas aristas merece ser explicada con un poco más de detenimiento.

2.5.2.1.1 Falla presunta del servicio

En primer lugar, conviene tener precisión en el concepto referido a las presunciones, para Capitant (1995) la consecuencia que la ley o el juez saca de un hecho conocido a un hecho desconocido, cuya existencia se hace verosímil por el primero. (p. 681). Posición concordante con la establecida en el texto del Código Civil en su art. 1318.

En esa línea de ideas, la presunción podrá ser absoluta o *juris et de jure* es decir que no se puede desvirtuar con ningún medio de prueba, en cambio la presunción simple o *juris tantum* si admite prueba en contrario por la cual puede ser desvirtuada.

Asimismo, para comprender la falla presunta del servicio debe tenerse presente la teoría del riesgo puesto que ambas van ligadas una con otra. Cuando nos referimos a la teoría del riesgo deberá estarse ante una situación en la que el actor despliegue de una actividad

peligrosa, ejecución de actividad que pondrá en riesgo a personas determinadas o indeterminadas en sociedad, en un rango mayor del que normalmente pueden soportar por sí mismas. De lo cual podemos concluir que al presentarse un escenario en el que el particular sufre un daño producto o consecuencia de actividades peligrosas que ejecutan los funcionarios de la administración, la responsabilidad recaerá sobre esta última.

El Consejo de Estado Colombiano a través de su jurisprudencia, ha incluido dentro del catálogo de actividades peligrosas a las siguientes: i) daños causados a personas sometidas a la prestación del servicio militar obligatorio; ii) daños causados con arma de fuego de dotación oficial; iii) daños causados con vehículos automotores; iv) muerte y lesiones de personas detenidas en establecimientos carcelarios y penitenciarios; v) daños derivados de la prestación del servicio médico y hospitalario.

Las últimas corrientes doctrinarias hablan de una presunción ya no de culpa sino de responsabilidad en cuatro de las cinco actividades enunciadas en el párrafo precedente mereciendo los daños derivados de la prestación del servicio médico y hospitalario un acápite de análisis especial. Así las cosas, la administración solo podría exonerarse de responsabilidad con la ruptura del nexo de imputación con la ocurrencia de fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o la culpa exclusiva de un tercero.

En este tipo de imputación corresponderá a la administración el demostrar su actuar diligente, es decir nos encontramos ante un escenario en el cual se invierte la carga de la prueba especialmente en áreas como la médica en la cual existe una especialidad y conocimientos de los cuales la víctima no es poseedora, empero es esa la dificultad con la que se tropieza puesto que al estar el servicio médico hospitalario bajo una obligación de medio y no de resultado no podría presumirse su responsabilidad pero si su culpa, por lo cual se admitiría prueba en contrario como ser, el actuar diligente y profesional en la atención del paciente y el haber puesto a su disposición todos los medios profesionales y técnicos con los que contaba la administración, de cualquier manera dicha inversión en la carga probatoria debe ser excepcional puesto que en hechos en los cuales el establecimiento de la responsabilidad médica no obedezca a factores técnicos y científicos debe ser el mismo paciente quien pruebe sus afirmaciones puesto que se encuentra en mejor posición para tal fin, lo contrario desvirtuaría el fundamento de la inversión de la carga de la prueba. Convendrá en este tipo de casos por lo general seguir la teoría de la carga dinámica de la prueba en la que los hechos sean probados por quien este en mejor posición para hacerlo. Los motivos expuestos son razonables para excluir de la falla presunta al servicio médico hospitalario.

En base a todo lo señalado puede decirse que la falla presunta del servicio es el método de imputación de responsabilidad por la cual la autoridad competente ordenara la reparación de los perjuicios sufridos por los particulares ante el acaecimiento de un daño antijurídico producto de la ejecución de actividades peligrosas como ser: los daños a concriptos que cumplen con el servicio militar obligatorio, daños producidos con armas de dotación oficial, daños producidos por vehículos de la administración o al servicio de ésta y daños sufridos por personas detenidas en recintos penitenciarios y carcelarios.

2.5.2.2 Responsabilidad objetiva

En Francia, el Consejo de Estado postulo una teoría de responsabilidad objetiva con base a los antecedentes que dieron lugar al *arret* Cames en el año de 1895, los hechos relatan que un obrero en una fábrica sufrió heridas en el ejercicio de su trabajo los cuales le impidieron continuar con el desarrollo de sus actividades. Con base en la teoría del riesgo-beneficio, en dicha sentencia se sostendría que quien se beneficia de la actividad de otro tendría que responder por los riesgos generados en esa actividad, para el caso en particular se determinó que la Administración será responsable por las actividades riesgosas que emerjan en el marco de un servicio público; de esta manera se tomó un nuevo razonamiento y se llevó a que se amplíe la resolución de casos hacia una responsabilidad objetiva de la administración en la cual ya no se hacía necesario que se pruebe la falla del servicio

Dentro de este régimen basado en la responsabilidad objetiva ya no se hace necesario probar la falta del servicio, la culpa de la administración, siendo suficiente el daño y su causa, ya que su basamento se encuentra en el desequilibrio ante las cargas públicas por el cual si un administrado sufre una carga mayor que los demás sin tener que soportarla (extracontractual) este debe restablecerse, teniendo en cuenta que el desequilibrio deberá ser sufrido por una o muy pocas personas ya que si la carga está dirigida a todos los administrados ya no se estaría en un escenario de desequilibrio, debiendo la carga ser soportada por todos, no siendo sujeto por tanto de reparación.

En España es usual que las altas cortes hagan descansar en el principio de la garantía patrimonial de los administrados la razón más frecuente de la responsabilidad objetiva de la administración, entendiendo de tal manera que ese deber de responder de manera objetiva resulta de la obligación de la Administración de garantizar la integridad patrimonial de las personas, los administrados, en ocasión de la acción pública; entonces para alcanzar dicho garantismo se debe prescindir de factores como la culpa, diligencia, licitud o ilicitud de la

actuación de la administración debiendo indemnizarse todo daño antijurídico, puesto que la atención no estará más en la tan mencionada actuación administrativa sino en el daño que ella provoque, en la víctima del patrimonio menoscabado.

No es un problema aislado el cómo debe ser entendida la responsabilidad objetiva y su directa vinculación con la reparación integral del daño, al configurar una norma evidentemente no se puede prever todos y cada uno de los casos que lleguen a presentarse empero si se deja una vía expedita demasiado general para la reclamación de daños, especialmente los relacionados a la responsabilidad objetiva, poco a poco se iniciaría una bola de nieve en la cual se tendría al Estado como un asegurador universal que es responsable por todo, bajo esa óptica será deber de quienes aplican la norma el establecer los límites mediante la jurisprudencia para que dicho escenario extremo no sea alcanzado.

La responsabilidad objetiva puede ser aplicada bajo los siguientes parámetros: el daño especial y riesgo excepcional.

2.5.2.2.1 El daño especial

El daño especial como título de imputación objetiva, se da cuando un ente público quiebra el principio de igualdad ante las cargas públicas causando un daño antijurídico a un particular mediante la realización de una actividad legítima. Dicho daño debe ser especial y anormal: especial ya que el hecho debe afectar a determinados miembros de la colectividad y la anormalidad deriva de que el grado de importancia supere los inconvenientes a los que se ven sometidos todos los ciudadanos por el hecho de convivir en sociedad.

El daño especial se configurará cuando concurren las siguientes características:

- Debe existir una actividad legítima del Estado;
- El daño antijurídico debe ser anormal y especial;
- Debe existir una ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas en perjuicio del afectado;
- Debe existir un nexo de causalidad entre el daño antijurídico y la actuación legítima del Estado;
- El daño no debe encuadrarse en ningún otro título de imputación ya que reviste un carácter de título jurídico subsidiario.

Un ejemplo típico de la responsabilidad objetiva por daño especial será la privación injusta de la libertad. Al respecto el Consejo de Estado Colombiano a través de la sentencia de 26 de marzo de 2008 ha establecido lo siguiente:

En efecto, la privación de la libertad, en estos casos, puede y debe darse con pleno acatamiento de las exigencias legales, pero, a la postre, si se dicta una decisión absolutoria, por cualquiera de los supuestos ya citados o por duda, se trataría de una decisión legal que pone en evidencia que la medida inicial fue equivocada. El fundamento de la indemnización, entonces, no sería la ilegalidad de la conducta, por lo que debe preguntarse si el hecho de la privación de la libertad, en esas circunstancias, da lugar o no a un perjuicio indemnizable, es decir, si se ha configurado un daño antijurídico. Esto, bajo el entendido que 'los ciudadanos están obligados a soportar algunas cargas derivadas del ejercicio de las funciones administrativas, y sólo en la medida en que, como consecuencia de dicho ejercicio, se produzca un perjuicio anormal, puede concluirse que han sido gravados de manera excepcional'. De acuerdo con los principios tutelares del Estado Social y Democrático de Derecho, entre los cuales la libertad y la justicia ocupan un lugar privilegiado, frente a la materialización de cualquiera de las hipótesis enunciadas, cuando una persona privada de la libertad sea absuelta, porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, la conducta no constituía hecho punible o por in dubio pro reo, se habrá de calificar sin ambages como detención injusta. Es por ello que se trata de una responsabilidad objetiva, dado que en eventos de esta naturaleza ambos valores se encuentran en juego y un argumento de tipo utilitarista, en el sentido de afirmar que se trata de una carga que se debe soportar en bien de la mayoría, no tiene justificación alguna: 'la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Por esta razón, la justicia rechaza el que la pérdida de libertad de algunos sea justificada en el mayor bienestar compartido por otros. No puede permitirse que el sacrificio impuesto sobre unos pocos sea sobreseído por la mayor cantidad de ventajas disfrutadas por muchos... los derechos garantizados por la justicia no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de intereses sociales. Siendo las primeras virtudes de las actividades humanas, la verdad y la justicia son innegociables...

Dentro de la jurisprudencia local no se tienen antecedentes sobre el establecimiento de este tipo de responsabilidad y su reparación proveniente del Tribunal Supremo de Justicia, sin embargo como ha sido señalado, el Tribunal Constitucional Plurinacional a través de las

Sentencias Constitucionales Plurinacionales 0564/2014 de 10 de marzo y 916/2014 de 12 de mayo, ha tratado casos correspondientes al tipo de imputación objetiva daño especial (aunque en ninguna de ellas se lo identifica de esa manera) y ha ordenado (entre otras cosas) la reparación, reconociendo de tal manera la responsabilidad del Estado.

2.5.2.2.2 Riesgo excepcional

El riesgo excepcional se adecua al daño causado mediante cosas o actividades peligrosas que exponen a los administrados, funcionarios, contratistas o empleados, a un riesgo grave y anormal, dicho daño sea consecuencia de una actividad peligrosa, siendo obligación para quien pretende el reconocimiento de la responsabilidad probar el hecho de la administración, el daño antijurídico y el nexo de causalidad.

Respecto a la probanza de este tipo de imputación, Ruiz (2013) señala:

...tratándose de la responsabilidad objetiva basada en la teoría del riesgo excepcional para la prueba de los elementos de responsabilidad, debe tomarse en cuenta lo siguiente: “-Respecto al hecho dañador: al demandante le basta demostrar la ocurrencia del hecho vinculado al ejercicio de la actividad peligrosa y por esto no tiene que probar la calificación de la conducta subjetiva del demandado, como sí ocurre en el régimen de responsabilidad por falla probada; por aquello mismo, el demandado no se exculpa demostrando diligencia y su cuidado. -En cuanto al daño: el actor tiene que demostrar la existencia de un daño con las siguientes cualidades: cierto, particular, anormal y que recaiga o sobre una situación de acto o de hecho que esté protegida jurídicamente o sobre la cual el Estado haya generado confianza legítima. –En cuanto al nexo de causalidad: el accionante también tiene que demostrar en juicio la causalidad adecuada entre el daño padecido y la conducta de riesgo imputada al Estado mediante prueba directa o indirecta, porque la Ley no ha señalado en materia de relación causal ni presunciones legales respecto de las cuales, probado un hecho, el Legislador infiera su causalidad adecuada, ni tampoco los conocimientos del juez sobre la realidad social lo autorizan para deducir con certeza el nexo de causalidad eficiente y determinante. La prueba del nexo puede ser: a) directa, mediante los medios probatorios que lo representan por sí mismo y/o b) indirecta, mediante indicios; este medio de convicción lógico indirecto requiere de la demostración de unos hechos indicadores que apunten con fuerza el hecho indicado.

El mismo tratadista afirma que sea que se trate del daño especial o del riesgo excepcional, la administración solo podrá librarse de responsabilidad probando: que el daño fue por culpa exclusiva o determinante de la víctima, hecho exclusivo de un tercero o de fuerza mayor, sin que pueda alegar el caso fortuito.

El daño especial y el riesgo excepcional pueden llegar a confundirse ya que ambos se fundamentan en la igualdad de las personas ante las cargas públicas, empero la diferencia sustancial entre ambas será dada en base a que la actividad legítima del Estado y que origine el daño sea riesgosa o no, de modo que, el riesgo excepcional surgirá del daño sufrido en el desarrollo de una actividad riesgosa, en cambio en el daño especial se observa la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas originando el daño antijurídico con las características de anormalidad y especialidad.

El riesgo excepcional puede presentarse en ocasión del uso de armas de dotación oficial, conducción de vehículos, redes de energía eléctrica, y otros en los cuales se produzcan eventos de actividades peligrosas.

En el caso de uso de armas de dotación oficial por la fuerza pública debe considerarse que su solo uso no llega a configurar el riesgo excepcional ya que aun cuando el agente proceda a su manipulación y uso, dicha acción puede llegar a configurar falla del servicio.

A modo de ejemplificación puede tomarse el caso en el que una ciudadana en la gestión 2017 falleció producto de un operativo de la policía boliviana en el asalto a una joyería en la ciudad de Santa Cruz, es así que en declaraciones públicas el 7 de febrero de 2018 (periódico Los Tiempos) el Abogado de la familia de la víctima afirmó que el informe del Instituto de Investigaciones Forenses (IDIF) señala que el disparo habría provenido del arma de un efectivo policial, con dichos antecedentes el caso se adecua claramente al riesgo excepcional puesto que el acaecimiento (daño) fue ocasionado producto de una actividad peligrosa el cual es el uso de un arma de fuego de parte de oficiales estatales en cumplimiento de una función pública y por la cual se expuso a las personas a un riesgo fuera de los límites normales.

Sin embargo, puede resultar que un agente del orden haga uso de su arma reglamentaria en servicio y cumplimiento de su deber y como consecuencia se tenga la muerte de una persona y que dicho daño pueda adecuarse a la falla del servicio. Piénsese por ejemplo en que un policía llegue a ocasionar la muerte de una persona alegando que dicho extremo ocurrió por sospecha hacia el individuo sin que pueda ser probado dicho argumento, en efecto el efectivo habrá obrado fuera del cumplimiento de su deber y en caso de no ser así no se

podría hablar de un riesgo sino de la falla del servicio puesto que se estará ante un escenario en el que un agente disparo indiscriminadamente en contra de un ciudadano.

2.5.3 Nexo de causalidad

El nexo de causalidad como parte integrante de la fórmula para la determinación de la responsabilidad extracontractual del Estado exige que haya una relación, un vínculo entre el hecho y el daño, es decir no debe existir dudas de que el daño es producto de la actuación de la administración independientemente del título de imputación.

Para Santofimio (2013) la causalidad:

...es entendida como el vínculo, nexo o ligamen que une la causa a un efecto, siguiendo el principio que todo tiene una causa y que, en las mismas condiciones, las mismas causas producen los mismos efectos. La doctrina del derecho de la responsabilidad señala que el carácter parcial y selectivo de la causalidad jurídica, que es en cierta medida ficticia, impone una relación directa e inmediata de causa a efecto entre el hecho generador de un daño y aquel, que los jueces traducen simplemente por la exigencia de un nexo directo de causalidad entre ellos, necesario para determinar la obligación de reparar a cargo del autor. Luego, la causalidad entraña necesariamente la apreciación humana, que la infunde de carácter subjetivo, exigiéndose a la víctima la carga de probar que el perjuicio causado es consecuencia directa o indirecta del hecho dañoso. (p. 175-176)

2.6 Causales que exoneran de responsabilidad al Estado

Si bien todo daño antijurídico ocasionado por la administración es sujeto a responsabilidad del Estado es preciso señalar que los hechos y circunstancias pueden llegar a determinar la exoneración de la responsabilidad del Estado basado por ejemplo en ausencia de causalidad o causas extrañas, de tal forma que un entendimiento en contrario significaría la distorsión de dicho instituto.

Probado que fuese el daño antijurídico posteriormente habrá que definir a quien le es imputable ya que no necesariamente quien ha ocasionado un daño es quien jurídicamente debe responder por el mismo reiterando la importancia del nexo de causalidad.

Cuando cualquier persona es llamada a responder por un daño que presuntamente le es atribuible, el mismo puede presentar descargos e invocar alegatos en su defensa atacando cualquiera de los elementos que configuran la responsabilidad extracontractual con la finalidad

de liberarse de responsabilidad, no se puede esperar lo contrario del Estado y menos aun cuando la propia Constitución señala que en caso de que este haya sido condenado a la reparación debe existir repetición en contra de los funcionarios públicos, siendo entonces estos los primeros interesados en que el Estado sea exonerado de responsabilidad, de tal manera que si se invoca o se acude a la responsabilidad subjetiva puede alegarse ausencia de la falla, inexistencia del nexo de causalidad o probando la existencia de causa extraña, por otra parte si se trata de un caso correspondiente a la imputación objetiva puede alegarse ausencia de nexo causal o causa extraña.

Por lo señalado se entenderá que una causal exonerativa de responsabilidad será la que impida que un determinado daño sea imputado a una persona siendo improcedente la declaratoria de responsabilidad contra la misma (Estado).

2.6.1 Fuerza mayor y caso fortuito

La fuerza mayor, así como el caso fortuito se constituyen en causales de exclusión de responsabilidad en varias ramas del derecho dada su imprevisibilidad.

Habrá que puntualizar que parte de la doctrina señala que no existe una diferencia sustancial entre la fuerza mayor y el caso fortuito, y de existir la misma no se consideraría de relevancia en la práctica puesto que ambos suponen eventos imprevisibles.

El Tribunal Supremo de Justicia a través del Auto Supremo 480/2016 de 12 de mayo señaló:

...sin embargo a la hora de imponerse una determinada sanción, debe también tomarse en cuenta los supuestos de inimputabilidad que pueden presentarse según las circunstancias, conocidos como fuerza mayor o caso fortuito; el primero entendido como el obstáculo externo atribuible al hombre, imprevisto, inevitable, proveniente de las condiciones mismas en que la obligación debía ser cumplida (ejemplo: conmociones civiles, huelgas, bloqueos, revoluciones, etc.); en tanto que el caso fortuito alude al obstáculo externo, imprevisto e inevitable que origina una fuerza extraña al hombre proveniente de la naturaleza que impide el cumplimiento de la obligación (ejemplo: desastres naturales).

El Código Civil menciona en varios de sus artículos tanto a la fuerza mayor como el caso fortuito de manera diferenciada, aunque no realiza ninguna conceptualización de las mismas por lo que la jurisprudencia al llenar dicho vacío nos indica que su entendimiento se

cimiento en base a los conceptos alcanzados ya en la época romana, empero dado que las corrientes del Derecho Administrativo han realizado sus propios aportes en dichos tópicos se hace necesario establecer una clara diferenciación.

Para considerar a la fuerza mayor como causal exonerativa de responsabilidad deben presentarse los siguientes elementos:

1. Hecho externo;
2. Hecho imprevisible;
3. Hecho irresistible.

Cuando nos referimos a hecho externo debe entenderse que el hecho constitutivo de la fuerza mayor debe ser ajeno a la actividad en la cual ha sido ocasionado el daño, o en otras palabras, la fuerza mayor debe estar basada en un hecho que no debe poder serle imputable a ninguna de las partes vinculadas al hecho dañoso, no debe ser atribuible ni al agente ni a la parte que la sufre.

El hecho imprevisible dicta que no debe ser posible contemplar el hecho antes de que ocurra. Este elemento debe ser analizado de forma casuística ya que dependerá de las circunstancias particulares de la actividad que origino el daño, por consiguiente, para su concurrencia deben verificarse las previsiones que habrían sido exigidas a quien alega la fuerza mayor ya que de comprobarse que podía haber sido humanamente previsto ni siquiera su abrumadora contundencia podrá justificar la fuerza mayor. Cabe apuntar que deberá tenerse especial cuidado cuando se trata la imprevisibilidad del acontecimiento puesto que idealmente cualquier escenario puede ser humanamente imaginado lo cual haría dificultosa su probanza, de tal manera que la Corte Suprema de Justicia Colombiana a establecido que para determinar lo previsible de un hecho deben tomarse en cuenta tres criterios:

- a) El referente a su normalidad y frecuencia;
- b) El atinente a la probabilidad de su realización;
- c) El concerniente a su carácter excepcional y sorpresivo.

El tercer elemento determinante de fuerza mayor está referido al hecho irresistible por el cual se entiende que debe ser imposible objetivamente para el sujeto evitar la consecuencia del hecho imprevisto. Ahora bien, no debe confundirse la imprevisibilidad con la irresistibilidad ya que existen posiciones que los consideran básicamente iguales sosteniendo que si algo es previsible no será en circunstancias normales irresistible; o por otra parte, se intenta darle

mayor énfasis a la irresistibilidad que a la imprevisibilidad sosteniendo que la fuerza mayor se constituye por un evento extraño, previsible o no, pero en cualquier caso insuperable. Por último cabe acotar que cuando se analiza la irresistibilidad no se propone que sea el agente quien tenía las posibilidades de superar el evento sino debe realizarse una apreciación en abstracto analizando si cualquier otra persona en su lugar y en las mismas circunstancias hubiera podido resistir el acontecimiento.

La fuerza mayor puede en determinados casos no ser causal de exclusión total de responsabilidad sino simplemente un atenuante, es decir puede generarse una exoneración parcial, de manera que los efectos de la fuerza mayor pudieron verse agravados por una obra pública o un hecho del agente debiendo establecerse en dichos casos la responsabilidad en cuanto a la participación de la administración, a título de concausalidad en la producción o agravamiento del daño.

La carga de probar un hecho de fuerza mayor recae sobre la administración.

Ahora bien, con la aceptación de una responsabilidad objetiva, es decir una responsabilidad sin culpa y dirigiendo la atención al riesgo que se genera en la actividad para la determinación del daño, se hace necesario aclarar si el caso fortuito se constituye en eximente de responsabilidad de la administración.

Respecto al caso fortuito podemos observar que la jurisprudencia de nuestro país ha establecido que tanto ésta como la fuerza mayor están basados en acontecimientos externos imprevisibles e inevitables empero que uno -fuerza mayor- es producto de una actividad del hombre y el otro -caso fortuito- es producto de una fuerza extraña al hombre proveniente de la naturaleza. Siguiendo esa lógica la diferenciación será útil a efectos de la exoneración total o parcial de la responsabilidad puesto que, piénsese por ejemplo en la lluvia acaecida el 19 de febrero de 2002 en la ciudad de La Paz por la cual se tuvo el fallecimiento de varias personas a causa de inundaciones, si bien dicho acontecimiento tuvo como base un hecho de la naturaleza como fue la lluvia, dicho extremo se vio agravado por defectos en las obras de alcantarillado o por su mal mantenimiento, por lo cual si bien el Estado ante dichos hechos no tenía una responsabilidad total si le correspondía una responsabilidad parcial, bajo el análisis de nuestra jurisprudencia actual.

Empero como ha podido observarse la noción atribuida al caso fortuito se encuentra basada en la legislación civil por lo cual en una construcción de responsabilidad desde la visión

administrativista dicho entendimiento debe ser replanteado como ya lo hiciese Garcia de Enterría en su momento.

Jurisprudencia como la colombiana también hace una diferenciación de fuerza mayor y caso fortuito de manera distinta ya que consideran al caso fortuito como sinónimo de causa desconocida que responde a un suceso indeterminado al interior del servicio lo cual excluiría el carácter de exterioridad por lo cual no serviría de eximente en casos de riesgo excepcional por actividad peligrosa.

Lo mencionado en el párrafo precedente no es creación propia de la jurisprudencia colombiana ya que Garcia de Enterría (1956) señalaba a efectos de la doctrina del riesgo, a la fuerza mayor como eximente de responsabilidad, en cambio no así al caso fortuito y a tal efecto establecía una diferenciación que sería adoptada en su país natal para la resolución de casos en los cuales se estableció la responsabilidad de la administración por hechos que se ajustaban al caso fortuito.

Para efectos prácticos, la diferenciación entre la *vis mayor* y el caso fortuito propone que el primero efectivamente se erigirá como causal eximente de responsabilidad en cambio la segunda no, cuando los daños son resultantes del riesgo creado, por consiguiente, hechos en los que se presenta el caso fortuito deberán ser reparados por la Administración. Las notas que las diferencian serán la indeterminación e interioridad atribuidas al caso fortuito, contrario a la determinación irresistible y exterioridad características de la fuerza mayor.

Según expresa Garcia de Enterría (1956) “La doctrina del riesgo consiste, en esencia, en atribuir jurídicamente la reparación de un daño fortuito, por la razón (causa de imputación) de que ese caso fortuito se ha producido por actualización de los riesgos creados en interés –no necesariamente económico- de su empresa por la persona a quien se declara responsable.” (p. 212)

La indeterminación en el caso fortuito resultara de evidenciar que el accidente que ocasiona el daño tiene una causa desconocida, Hauriou propondrá así la denominada “falla del servicio que se ignora” es decir que existe una indeterminación en el origen del daño, aunque se sepa que éste se produjo en relación con la actividad peligrosa.

La interioridad del evento en el caso fortuito, menciona Garcia de Enterría (1956) se trata de un evento en directa relación al objeto dañoso, a su constitución, a su naturaleza

intima, al funcionamiento mismo de la empresa o servicio que integra ese objeto, cita como ejemplo a la explosión de una caldera en una fábrica (214).

El citado profesor acertadamente, también indica que concretar la extensión de los riesgos creados por la empresa administrativa y de cuya actualización fortuita puede surgir responsabilidad, es una tarea difícil de ser afrontada teóricamente, es aquí en donde se hace evidente la construcción jurisprudencial que pueda hacerse desde las Cortes, así tanto el Consejo de Estado colombiano como español han adoptado y desarrollado esta teoría; en ese entendido, podemos citar a modo de ejemplo el Dictamen 36.882 de 29 de mayo de 1970 emitido por este último en el cual se observa que los hechos que le dieron lugar refieren al propietario de un vehículo dañado por el desprendimiento de rocas cuyo impacto se produjo mientras transitaba por la carretera, en ese caso se determinó que la administración era responsable puesto que aunque no fuese un hecho reiterado ni frecuente era perfectamente previsible y evitable si no hubiera mediado la omisión de las medidas precautorias adecuadas, lo cual -a criterio del citado Consejo- excluiría la calificación de fuerza mayor reservada en la doctrina y jurisprudencia para los acontecimientos realmente insólitos y extraños al campo normal de las previsiones típicas de cada actividad o servicio.

En base a todo lo señalado podrá concluirse que la fuerza mayor como eximente de responsabilidad de la administración tendrá las características de ser irresistible, inevitable e imprevisible, considerándose así a aquel suceso fuera de la actividad, del ámbito de actuación del obligado sin posibilidad de preverse o que previsto fuera inevitable, cuya consecuencia implique un daño material y directo que exceda los accidentes inherentes al curso normal de la vida por la importancia y trascendencia de su manifestación.

Por otra parte, el caso fortuito -no eximente de responsabilidad- tendrá las características de indeterminación e interioridad al servicio puesto que, como se señaló, el evento propio del servicio es interno, intrínseco producido por la misma naturaleza de sus elementos, ello por estar directamente conectado con el funcionamiento de la organización, pero la causa productora del daño es desconocida. Por lo señalado también queda claro que el caso fortuito excluye la culpa.

Habrá que tener presente que el riesgo no es igual al daño, ya que entre ambas existirá una correlación de causa y consecuencia respectivamente, por lo cual, se comprenderá que la característica para la imputación de este tipo de escenarios la demarcará el riesgo que conlleva la actividad calificada de peligrosa.

2.6.2 Hecho de la víctima y hecho de un tercero

La culpa, o mejor, el hecho de la víctima o el hecho de un tercero rompen el nexo de causalidad, por lo cual llegarían a ser exonerantes de la responsabilidad de la administración ya que el daño no llegaría a serle imputable, aunque con ciertos matices.

Si se toma el hecho de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad, deberá entenderse como una causal que impide que el daño sea imputado a la administración, puesto que si bien puede ser que el agente haya causado un daño físico o material a la víctima no puede serle imputable ya que el actuar de esta última resultado extraño, imprevisible e irresistible lo cual desencadenó la ocurrencia del daño, consecuentemente el mismo deberá ser imputado a la propia víctima.

Lo expuesto tiene sus límites ya que si se logra probar que el hecho de la víctima ha sido imprevisible e irresistible se tendrá una exoneración completa, más si se presenta el escenario en que el hecho fuera previsible se entenderá que el agente concurrió en la producción del daño, de igual manera si podía haber resistido a los hechos de la víctima, generándose una exoneración parcial.

Parte de la doctrina trata este punto como culpa de la víctima y señalan que para que se la tenga como causal de exoneración de responsabilidad debe mediar siempre la conducta culposa de la víctima, lo cual se atenuaría cuando: hay una coparticipación determinante para la producción total o parcial del daño o, cuando se presentan escenarios en los cuales quienes soportan los daños son menores de edad, personas con perturbación mental, personas que obran bajo intimidación o coacción.

De cualquier manera resultaría más adecuado referirse a esta causal como hecho de la víctima así como lo sostiene el Consejo de Estado de Colombia a través de la sentencia de 19 de agosto de 2009 como se expone a continuación:

...En pocos términos: en el campo de la responsabilidad patrimonial del Estado la valoración objetiva de la intervención causal tanto de la Administración como de la propia víctima resultan suficientes para determinar si la causa eficiente del daño lo fue la actuación del ente demandado o de la víctima, con el fin de establecer si hay lugar a condenar a aquélla o a absolverla por haberse producido una causal excluyente de responsabilidad, o si ambas concurrieron en la producción del daño y, entonces, reducir

el valor de la indemnización en proporción directa a la mayor o menor contribución de la conducta de la víctima en su producción.

Por lo tanto, cuando se pretenda reducir el valor de la indemnización que deba pagar la entidad con fundamento en la intervención de la víctima en la causación del daño, habrá de tenerse en cuenta la relevancia de esa intervención en el resultado y no la intensidad de la culpa en la que aquélla hubiera incurrido.

Los efectos del hecho de la víctima pueden derivar en la determinación de una exoneración total de responsabilidad del Estado en cuanto se compruebe que si bien éste causo efectivamente el daño el mismo no podrá serle imputable ya que fue consecuencia del comportamiento de la víctima quien se expuso a sufrirlo. Se había adelantado que en el comportamiento de la víctima podía haber concurrencia de la administración, por lo cual la apreciación del daño se encontrara sujeta al arbitrio de la autoridad que resuelva el caso para determinar el grado de participación de las partes en la generación del mismo para así disminuir el monto de compensación.

Ahora bien, cuando se habla del hecho de un tercero también nos encontraremos ante una causal eximente de responsabilidad. El tercero debe ser ajeno a quien se imputa la responsabilidad, en este caso al Estado.

El hecho del tercero como causal de exoneración se configura cuando se presentan dos elementos:

1. El hecho del tercero debe causar de manera exclusiva, única y determinante el daño;
2. El hecho debe ser dado en circunstancias imprevisibles e irresistibles para quien lo invoca.

Respecto a la afirmación de que el hecho del tercero debe causar de manera exclusiva, única y determinante el daño, se producirá cuando se tiene la participación de alguien ajeno a las partes rompiendo de esa manera el nexo causal, aunque sea el Estado quien haya encausado su conducta para la realización del hecho empero a consecuencia del actuar del tercero, resultando que el daño sea imputable a este último de manera exclusiva.

Al igual que el hecho de la víctima, cuando se presenta el hecho de un tercero será la autoridad encargada de resolver el caso quien en base a la prueba determine si ha existido un daño imputable enteramente al tercero o si ha ocurrido una concurrencia entre ambos para la

generación del daño ante lo cual al tratarse de entes distintos al de la víctima ambos serán responsables del daño.

Cuando se refiere a que el hecho debe ser dado en circunstancias imprevisibles e irresistibles para quien lo invoca, debe entenderse que el hecho del tercero debe revestir las características de cualquier causa extraña, es decir debe existir irresistibilidad e imprevisibilidad ya que de presentarse circunstancias en modo contrario, es decir que el hecho haya podido ser resistido y previsto, se aplicaría el principio que señala que: no impedir un resultado que se tiene la obligación de evitar, equivale a producirlo.

En resumen, el hecho del tercero debe revestir las características de exterioridad, imprevisibilidad e irresistibilidad para que pueda ser tomada en cuenta como causal de exoneración de responsabilidad y en consecuencia impedir que el daño sea imputado al Estado.

La jurisprudencia española ha señalado por su parte, que ni el hecho de la víctima o de un tercero pueden por si mismos hacer desaparecer la actuación de la Administración en la producción del daño, en la medida en que ésta efectivamente hubiere tenido algún grado de participación, en suma, podría hablarse en dichos casos más bien de un concurso de causas en la cual se sostenga la distribución de la deuda que se tiene el deber de reparar.

2.6.3 Riesgos del desarrollo

Un avance novedoso que ha surgido en la doctrina se refiere a los riesgos del desarrollo como una causal que exoneraría de responsabilidad al Estado en determinados casos.

Su origen puede ser atribuido al Consejo Europeo, Directiva 374 de 25 de julio de 1985, artículo 7, literal E, en el que se señala:

En aplicación de la presente Directiva, el productor no será responsable si prueba:

(...)

e) o que, en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto

Los riesgos del desarrollo son distintivos del campo de la salud puesto que se sostiene que es distinto aquel daño que no pudo preverse del que no pudo evitarse, señalándose a modo de ejemplificación el caso en el que el Estado pueda suministrar una vacuna que se sabe genera reacciones contraproducentes de los cuales no se tiene el conocimiento para evitarlos

por tanto la misma podrá suministrarse a la población, cumpliendo de esa manera el Estado con el deber de auxilio al que se encuentra atado sin tener la obligación de compensar.

Varias son las posiciones que concuerdan en que la medida es racional. Legislaciones como la española la han incorporado en su ordenamiento jurídico, así ha sido regulado a través de la ley del régimen jurídico del sector público 40/15 de 1 de octubre, el cual en su artículo 34 señala:

1. Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de las técnicas existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.

Por tanto, en la medida en que los conocimientos técnico científicos no sean lo suficientemente avanzados como para determinar con certeza el daño que puede ocasionar un producto, será aceptable que el Estado no deba asumir la responsabilidad por el daño que en un futuro pueda llegarse a determinar ya que además, en el caso español, se tendrá una norma por la cual se determina que el ciudadano debe asumir las limitaciones del conocimiento o en otras palabras tiene el deber de soportar el daño conforme a ley.

2.6.4 El deber de soportar ciertos daños

Cuando ha sido analizado el punto del daño antijurídico se ha mencionado que el afectado puede realizar reclamos sobre daños que no tiene por qué soportarlos, por lo cual a *sensu contrario* existirán daños que deben ser soportados.

La vida en sociedad y la satisfacción de intereses públicos hace necesario que ciertos ciudadanos deban soportar daños sin que los mismos lleguen a ser considerados sujetos de reparación, así por ejemplo los conscriptos que cumplen con el servicio militar obligatorio sufren una carga considerable en el desarrollo normal y autodeterminado de su vida, pero al ser dicha carga general para todos los ciudadanos varones no podría alegarse un daño especial sujeto a indemnización puesto que deberá recordarse que dicho título de imputación surge por daños producidos en forma anormal y excepcional.

Por otra parte, el Estado tampoco debe responder por los daños que se sufren en el vivir diario, así por ejemplo, a los comerciantes que ven disminuidos sus ingresos por el mantenimiento de la calle, tal escenario será traducido en un riesgo o consecuencia lesiva que el particular tiene el deber de soportar. También puede citarse los daños sufridos por actuaciones que no menoscaban el derecho tal y como se lo tiene considerado, por ejemplo, cuando se trata de demolición de edificios ruinosos, en primer lugar, se emite conminatoria previo los trámites administrativos correspondientes a su demolición y si el propietario se rehúsa, dicha demolición la realiza el propio municipio con cargo al propietario sin que por tal extremo pueda alegarse un daño sujeto a compensación. Como estos pueden citarse un sinfín de escenarios por los cuales la administración no tiene el deber de compensar.

Empero el deber de soportar ciertos daños debe responder a criterios generales no arbitrarios, es ahí en donde encontrara relevancia el daño antijurídico debiendo eliminarse la antijuricidad de la ecuación para que el Estado quede exento de responsabilidad, lo cual acontecerá cuando concurra alguna causa que justifique o legitime el perjuicio, entre las cuales se puede citar:

1. Cuando haya un título que obligue al ciudadano a soportar la carga;
2. Existencia de una norma que imponga el deber de soportar el daño, de sacrificarse por la sociedad.

En palabras de Villarroel (2013):

No hay reparación, entonces, en el caso de pago de impuestos, las restricciones administrativas a la propiedad, el cumplimiento de ciertos deberes impuestos por ley, la tolerancia debida a ciertas incomodidades que hacen a la vida en sociedad y un largo etcétera que son parte de la vida cotidiana en sociedad y que, reiteramos, no son susceptibles de reparación. (p. 18)

2.7 Proceso de reclamación

Una norma que materialice la responsabilidad de la administración quedaría incompleta si no refiriese en su cuerpo al proceso por el cual el ciudadano sobre el cual recae el daño, pueda hacer valer sus derechos.

En la actualidad, la norma establece que a través del proceso contencioso administrativo se resuelven oposiciones entre el interés público y el privado y cuando la persona creyere lesionado o perjudicado su derecho, empero es requisito que previo a acudir a

dicha vía se hubieren agotado ante el Poder Ejecutivo -ahora Órgano Ejecutivo- los recursos de reclamación y revisión pertinentes. De esta manera si se interpreta la norma de manera sistemática evidenciaremos que actualmente una reclamación por daños antijurídicos puede ser intentada válidamente ante la administración quien en observancia de la Constitución y tras una evaluación de los hechos no debería poner oposición a reparar el daño, empero por el poco desarrollo y aplicación de la institución y el manto de impunidad con el que el Estado desenvuelve sus actos no es de esperar que de *motu proprio* responda por sus actos sin una sentencia emitida en sede jurisdiccional, es en ese sentido que la calificación del daño y su reparación corresponderá ser dilucidada a través del proceso contencioso administrativo.

Sotomayor señala (2016):

Es así, que el contencioso administrativo es por esencia, el ámbito de competencia jurisdiccional independiente e idóneo que debe atender y resolver las diferencias entre el Estado y el ciudadano y sus respectivas pretensiones en igualdad. Entonces, la garantía de la revisión judicial de los actos de la actividad administrativa sólo podrá ser efectiva en la medida que el proceso contencioso administrativo tenga un régimen procesal adecuado, que permita tanto al ciudadano como al Estado, contar en igualdad de condiciones con un debido proceso. Es así que el proceso contencioso administrativo se rige por la garantía constitucional del debido proceso, entendido como el conjunto de condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos derechos u obligaciones que están bajo consideración judicial. (p. 156)

Puede resultar concluyente que el art. 778 del Código de Procedimiento Civil antes referido encierra una traba insuperable para el ciudadano que soporte un daño que no proviene ni de un acto administrativo ni del Órgano Ejecutivo, a la pregunta de si estos elementos son suficientes para excluir al contencioso administrativo de la reclamación extracontractual por daños que ocasionen los demás Órganos del Estado y es más, otros que provoquen daños antijurídicos imputables a éste, la respuesta será negativa y para respaldar esta conclusión nos remitiremos a diferentes fuentes, entre estas a la doctrina la cual ampliamente concuerda en que la vía idónea para demandar al Estado en base a la responsabilidad extracontractual debe ser el contencioso administrativo; luego, si nos remitimos a la jurisprudencia, el Tribunal Supremo de Justicia a través del Auto Supremo 194/2014 cuya referencia más ampliada se encuentra en el 3.3 de la presente, ha dejado establecido que:

“La responsabilidad patrimonial estatal, por su naturaleza administrativa, no es de competencia de la jurisdicción civil, tanto más si el ordenamiento jurídico instituye el proceso contencioso administrativo, al que es factible acudir... La norma en examen abre la posibilidad del proceso contencioso administrativo en los casos en los cuales el administrado se creyere perjudicado en su derecho privado, es decir haya sufrido perjuicio patrimonial, tanto más si se señala a un acto administrativo como hecho generador de la responsabilidad, cuya valoración es de competencia exclusiva de la jurisdicción administrativa...”

Por último, queda pendiente el texto del mencionado art. 778 es decir la fuente legislativa, si planteamos que su texto literal restringe la reclamación extracontractual al Estado por dicha vía (contencioso administrativo) debe primeramente establecerse que la Constitución se sitúa en la cúspide del ordenamiento jurídico, no existe una ley que pueda imponerse sobre aquella, éstas se subordinan a la primera y tal como se señala en el capítulo IV de la presente, ha existido una constitucionalización de la responsabilidad extracontractual del Estado, así tenemos que al ser característica de la norma suprema su aplicación directa, cualquier oposición de una norma infraconstitucional se hace inaplicable, en esa línea de ideas si la Constitución no limita los daños resarcibles a los provenientes solamente de actos administrativos o a los provenientes de tal o cual Órgano, no podría una norma que, además tiene la característica de ser preconstitucional, imponer dicho límite.

Realizando una interpretación sistemática se disiparan las dudas en cuanto a si el contencioso administrativo es o no la vía idónea en la actualidad para la resolución del tipo de casos ahora en estudio, recordemos que de interpretar de manera literal el citado art. 778, el contencioso administrativo sería válido únicamente para los actos del ahora Órgano Ejecutivo cuando en la realidad la interpretación que se le debe dar es más amplia y acorde no solo al contexto actual sino a la Constitución en vigencia, este razonamiento ha sido plasmado a través del Auto Supremo 251 de 22 de mayo de 2014 en el cual, entre varios antecedentes concluye que: “Bajo esta perspectiva, no se puede concebir que la referencia de “Poder Ejecutivo” sea un diseño normativo para el órgano ejecutivo central sin ningún reparo a las transformaciones político administrativas que el Estado ha sufrido a lo largo de décadas, ya que con una concepción tan limitada no se entendería cómo al presente se desarrolla el proceso contencioso administrativo que fue previsto para dilucidar los casos de oposición entre el interés público y el privado y cuando la persona que creyere lesionado o perjudicado su derecho hubiere ocurrido previamente ante el “Poder Ejecutivo”; común denominador en estos

procesos que deben ser interpretados de forma amplia y desde la Constitución Política del Estado.”; inclusive el citado Auto no hace foco sobre los actos administrativos como eje central del contencioso administrativo actual, sino, resalta su importancia básicamente en la resolución de casos en los que se presente oposición entre el interés público y el privado y casos en los cuales la persona crea lesionado o perjudicado su derecho. De esta manera, si interpretamos los alcances del contencioso administrativo a la luz de la Constitución quedan protegidos todos los demás casos de responsabilidad imputables al Estado puesto que, en palabras del propio Tribunal Supremo de Justicia, cuando el particular se creyere perjudicado en su derecho privado puede acudir al contencioso administrativo.

Retomando, entendemos que cuando el legislador intenta regular ciertos aspectos de la conducta en sociedad a través de una norma, moldea el espíritu de la misma en base a criterios mayoritariamente doctrinales y no en consonancia con la realidad, es en ese sentido que, cuando nos referimos al proceso contencioso administrativo, el control de legalidad ejercido por el Órgano Judicial procede posterior a un pronunciamiento emitido por la administración, así dicta el procedimiento, pero dicho pronunciamiento en una gran cantidad de casos se resuelven solo hasta después del silencio negativo de la administración, por estos motivos y de acuerdo a nuestra cultura jurídica administrativa la relación entre la administración y el ciudadano en casos de responsabilidad del Estado debe ser directa.

La reparación directa o acción de reparación directa se instituye en el mecanismo idóneo otorgado a quien sufra un daño antijurídico por el cual obtiene la facultad de acudir directamente al contencioso administrativo con la finalidad de exigir la reparación del daño sin que le sea obligatorio el acudir y obtener previamente un pronunciamiento de la Administración, lo cual no impide que en el diseño legislativo se establezca la facultad de conciliación, como requisito de admisibilidad inclusive para el contencioso administrativo.

Otro motivo por el cual la reclamación debe ser directa y a través del contencioso administrativo, es que con este tipo de pretensión –reparación del daño– se vislumbrara en algunos casos la negligencia de la Administración, esto atribuible a algún miembro de su personal que posteriormente será compelido a la repetición del pago, por lo cual si se establece un proceso de reclamación por el cual la víctima deba agotar primeramente la instancia administrativa, no es de esperar que ella misma reconozca su error y establezca un *quantum* indemnizatorio acorde a la pretensión y el daño ocasionados.

El principio de justicia rogada por el cual el juez solo concede lo que específicamente se le solicita encontrará su límite en las acciones por daños extracontractuales ocasionados por el Estado puesto que al no estar en discusión la legalidad o ilegalidad del actuar u omisión de la Administración será el Juez en virtud del brocardo *iura novit curia* quien tenga la responsabilidad de interpretar y precisar de acuerdo a los hechos, el derecho aplicable e inclusive de modificar el título de imputación invocado, por supuesto siempre en el marco del debido proceso, en pro de garantizar el derecho sustancial sobre las meras formalidades como pueda ser el simple hecho de no haber citado el título de imputación correcto. Como es de esperar, al juez le estará prohibido modificar la *causa petendi*, que reconozca más allá de lo pedido o incluir pretensiones que no fueron reclamadas.

2.8 Legitimación

Dado que ha sido aclarado el apartado relativo a la competencia del ente juzgador en ocasión de daños ocasionados por el Estado, corresponde seguir con el apartado referido a la legitimación.

La facultad de impugnar que tiene el particular cuando le ha sido lesionado un derecho subjetivo o interés legítimo, ha sido reconocida no solamente por la norma, como se tiene en la ley de procedimiento administrativo art. 56, sino ampliamente por la jurisprudencia. Similar a dicha posición, cuando se trata de responsabilidad del Estado, tendrá legitimación para accionar quien tenga un derecho o interés legítimo, para el caso, quien sea titular del interés patrimonial lesionado a causa de la actuación de la administración.

Ahora bien, si el titular del interés patrimonial lesionado fallece los causahabientes y en general cualquiera con un vínculo de relación de parentesco, tendrán legitimación para reclamar el daño patrimonial mas no así el daño moral en base a su característica de ser personalísimo, en cualquier caso, la reclamación por daño moral la podrán realizar a título propio mas no así en nombre del *de cuius*. En esa línea de ideas, la legitimación no solo debiera quedarse ahí puesto que la persona desarrolla en su vida relaciones de convivencia con estabilidad afectiva, el Código de las Familias y del proceso familiar reconoce la unión libre como una institución que da lugar al vínculo conyugal o de convivencia, por tanto y sin distinciones en base a la orientación sexual, quien se encuentre bajo este régimen deberá tener también legitimación para entablar la acción correspondiente.

En el punto referido al daño antijurídico hemos hecho mención a los derechos o intereses colectivos o difusos, en tal sentido la legitimación gozara de determinadas

particularidades. En cuanto a lo que puede ser denominado derechos o intereses individuales homogéneos la legitimación para la interposición de la acción puede recaer sobre las entidades que tengan por fin la protección de los intereses de aquellos, asociaciones o sobre el mismo grupo de afectados. Para el caso de los derechos o intereses difusos la legitimación debe recaer sobre las asociaciones de usuarios o consumidores que de acuerdo a ley puedan representarles. Si nos referimos a los derechos o intereses colectivos en sentido estricto, la legitimación corresponderá a cualquier persona perteneciente al grupo identificado o identificable, u otro a su nombre.

Con las anteriores precisiones ha quedado claro que, si un daño es ocasionado a un particular y dicho daño es imputable al Estado, éste último tiene el deber de reparar, pero ¿qué sucedería si el daño es ocasionado por la propia y hacia la propia administración? El art. 83 de la ley de municipalidades referido en el planteamiento del problema, señala la obligatoriedad del cumplimiento de las normas urbanísticas, estructurales y del uso del suelo; como es de esperar si aquello no sucede se le otorga a la municipalidad la facultad de accionar no solo en contra de las personas individuales o colectivas privadas sino también públicas, si esto lo trasladamos al objeto de la investigación veremos que tal extremo es también posible si la víctima de un daño causado por la administración es también la administración, a modo de ejemplificación piénsese en un daño atribuible al municipio cuya víctima es la gobernación, queda claro que éste último tendrá el derecho de reclamar la correspondiente reparación.

Por otra parte, conviene recordar que los agentes, los funcionarios que forman parte de la administración pública pueden también sufrir daños, empero toda la normativa que se tiene sobre responsabilidad por la función pública, señala al funcionario para su procesamiento ya sea vía ejecutiva, administrativa, civil o penal. La ley 2027 estatuto del funcionario público, en su art. 7.II.d) someramente señala el medio para, no reclamar daños, sino solamente representar las determinaciones que se juzguen violatorias de sus derechos, en ese entendido dado que la responsabilidad extracontractual del Estado se funda en el daño antijurídico no debe existir óbice para que aun los funcionarios públicos se puedan constituir en sujetos activos en la reclamación por daños en contra del Estado, resultara claro que no deberá existir ningún otro mecanismo por el cual se haya reparado el daño.

2.9 Reparación integral

La Corte Permanente de Justicia en 1927 ya establecería, a propósito del caso *Factory at Chorzow*, que la obligación de reparar se constituye como uno de los principios

fundamentales del Derecho Internacional. Otros tribunales con posterioridad acogerían dicho principio también en sus decisiones, como es el caso de la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, más adelante dicha influencia se haría notoria en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De esa manera, con una evolución en lo que se refiere al alcance de la reparación del daño se comenzaría a adoptar el concepto de reparación integral, el cual abarca un espectro más amplio, teniendo como un precedente fundamental a la Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (2005) sobre los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, el cual en su principio N° 18 señala:

Conforme al derecho interno y al derecho internacional, y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, se debería dar a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, una reparación plena y efectiva, según se indica en los principios 19 a 23, en las formas siguientes: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

De esta manera debe tomarse en cuenta que la reparación del daño contiene dos facetas, la primera en consonancia con la obligación del Estado derivado de su responsabilidad internacional ante la vulneración de derechos humanos y la segunda con el derecho fundamental de las víctimas, por lo cual no solo existirá el deber de reparar por parte del Estado sino el derecho a exigir y recibir una reparación integral por parte de las víctimas.

Resultará también comprensible que el termino víctimas no solo está referido a las personas que efectivamente sufren el daño, sino que se extiende a otras víctimas indirectas como los familiares, víctimas colectivas como los pueblos indígenas e incluso potenciales tomando en cuenta al tejido social.

De tal manera, resulta razonable concluir que no todos los daños serán reparados con la totalidad de los elementos que componen a una reparación integral, siendo así que en primer lugar será importante delimitar el daño para posteriormente definir las medidas de reparación entre los que se tendrá: restitución, indemnizaciones pecuniarias, indemnizaciones *in natura*, satisfacción, rehabilitación, garantías de no repetición y otras que se vean por conveniente en

línea a lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha venido a denominar reparación flexible.

Los elementos descritos en el párrafo precedente han sido recogidos y reconocidos por el Tribunal Constitucional Plurinacional a través de la sentencia 0019/2018-S2 de 28 de febrero, en cuyo texto se justifica su observancia conforme al estándar de protección más alto, puesto que el Auto AC 09/00-CDP de 20 de noviembre de 2000 establecía que la reparación debía circunscribirse netamente a su aspecto patrimonial complementada por el AC 0004/2014-CDP de 1 de septiembre en el cual se dejaba el reclamo de otros elementos de la reparación a la vía legal correspondiente ya que se consideraba que lo contrario significaría desnaturalizar la esencia de la justicia constitucional.

Una nueva corriente en materia de reparación ha sido intentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos referida a la reparación transformadora.

Correa señala (2014):

...la Corte ha introducido, recientemente, la noción de que, en contextos de discriminación estructural, “las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo, sino correctivo”. Ha fundamentado esta posición afirmando que “no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación”, lo que no implica, continúa la Corte, desconocer que “la naturaleza y el monto de la reparación ordenada dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como moral”. (p. 838)

Esto significaría que, al margen de disponer las medidas tendientes a reparar el daño ya señaladas, el juez extienda aún más sus facultades y ordene la incorporación de políticas públicas bajo el manto de una reparación transformadora lo cual conllevaría a que la línea que separa los deberes del Estado en la estructuración de políticas públicas y las facultades de un tribunal de justicia sea difuminada convirtiendo a este último en un emisor de políticas públicas ilegítimo.

2.10 Caducidad de la acción.

La caducidad se constituye en una figura jurídico procesal que impone un límite al derecho que tienen las personas de acudir ante la jurisdicción con el fin de obtener tutela

jurídica. Así entendida, la caducidad no concede derechos subjetivos, su finalidad es la protección de un interés general.

El Auto Supremo N° 123 Social de 28 de abril de 2011 señala:

Para una mejor comprensión tanto de la prescripción como de la caducidad, ha menester relacionar su aspecto común, manifestando que ambos institutos se asemejan en sentido de que el derecho o potestad de que se trate, se pierde por el transcurso del tiempo; sin embargo, también se han señalado algunas diferencias: a) la caducidad extingue el derecho, mientras que la prescripción no, pues el mismo subsiste como obligación natural; b) la prescripción afecta a toda clase de derechos, pues es una institución general, y para que ella no funcione, es menester una norma expresa en tal sentido, en tanto que la caducidad, por no ser general, solo afecta ciertos derechos, que nacen con una vida limitada en el tiempo; c) la prescripción puede verse suspendida o interrumpida en su curso, no así la caducidad; d) los plazos de la prescripción son habitualmente prolongados, mientras que los de la caducidad son comúnmente reducidos, e) la caducidad, a diferencia de la prescripción, puede ser pronunciada de oficio.

La caducidad impone un límite al ejercicio de la acción, por lo cual una vez que ha obrado no puede proseguirse de manera válida con un proceso, al ser de orden público es irrenunciable en sus efectos, por tanto, puede ser declarada de oficio inclusive por la autoridad jurisdiccional, verificada que fuera su concurrencia.

Lo antes señalado es una garantía fundamental para la seguridad jurídica y el interés general puesto que quien se crea afectado en sus derechos por parte de la Administración asumirá también la carga de accionar en el tiempo previsto por el legislador, por lo cual, se constituye en un requisito de admisibilidad que de ser verificada puede ser declarada de oficio como ha sido mencionado, esto con la finalidad de alcanzar los principios constitucionales de celeridad y eficacia establecidos en el art. 180 parágrafo I de la norma suprema.

El computo de la caducidad deberá estar sujeta a reglas claras con el fin de brindar certidumbre, por lo cual dilucidar el momento a partir del cual inicia dicho computo evitará ambigüedades en su aplicación.

Por regla general, el *dies a quo* para el inicio del cómputo de la caducidad deberá ser tomado en cuenta a partir del día siguiente del hecho causante del daño o desde el momento en que la víctima tuvo o debió haber tenido conciencia del daño.

Cuando se presentan otros casos de tipologías de daños habrá que tener en cuenta como ellos afectan al cómputo del plazo de caducidad, tal y como ha sido desarrollado en varias sentencias del Tribunal Supremo en España como será señalado a continuación.

Cuando se trata de daños duraderos estaremos ante un escenario en el cual el daño ya se ha manifestado, pero a la vez se tiene certeza de que el mismo seguirá produciendo sus efectos en adelante de forma continuada, por ejemplo, si alguien sufre un daño en su integridad corporal y recibe el alta médica se tendrá también certeza de que lo que ha podido hacerse para su recuperación ya fue realizado sin embargo las secuelas de la misma continuaran a futuro, por lo cual el plazo deberá ser computado desde que se tiene la constancia medica del alcance de la lesión o del alta médica como ha sido señalado.

Si se trata de daños diferidos nos estaremos refiriendo a que las consecuencias se manifestaran tiempo después al hecho dañoso, por ejemplo, el daño ocasionado a un paciente por desprendimiento de sustancias nocivas en un tratamiento médico, es claro que el plazo para el computo de la caducidad no comenzara a correr desde el hecho sino a partir del momento en que el daño se manifieste y su alcance sea previsto.

Otro punto importante será el referido a los daños continuados y daños permanentes. Los daños continuados están referidos a que el hecho o la conducta permanece en el tiempo provocando daños en todo el transcurso en que se mantiene, como ejemplo podemos citar a la contaminación, filtraciones de agua, etc. En este caso el computo deberá iniciar a partir del último día en que se ocasiona el daño ya que la conducta incorrecta no será tanto la activa de iniciar el daño sino la omisiva y continuada de evitar eliminar o aminorar el daño.

Los daños permanentes por su parte son el resultado de una sucesión consecutiva de hechos dañosos producto de una misma actividad, por lo cual no podría iniciarse un cómputo exclusivamente desde la primera circunstancia concadenante dañosa, empero los daños a ser reclamados solo podrán comprender los inmediatamente surgidos anteriores al lapso de tiempo determinado para la caducidad, es decir, que si se estableciese que la caducidad opera al año del hecho, los daños reclamados que se encuentren en esta categoría solo podrán ajustarse al año inmediato anterior puesto que las circunstancias, aunque pertenecientes a una misma actividad, pueden ser individualizados y el hecho de que la persona por el motivo que fuere

haya tolerado los resultados dañosos por un tiempo no será una excusa para que en un futuro y para siempre deba tener que resignarse a tal extremo.

Puede presentarse también el escenario que comprende a los daños sobrevenidos, esta categoría está referida a aquellos casos en los que la víctima reclama en su debido momento la reparación correspondiente alcanzando de tal manera una decisión con calidad de cosa juzgada, sin embargo, resulte que posteriormente se manifiesten otros daños diferentes que en una primera instancia no fueron posibles de ser previstos, en dichos casos el plazo de caducidad comenzara a correr nuevamente solo para dichos daños puesto que se trata de resultados dañosos extraños e imprevistos posteriores a la primera sentencia.

2.11 Acción de repetición

Elaborar una norma de desarrollo sobre la responsabilidad extracontractual del Estado abrirá una oportunidad también para regular la acción de repetición que debe ser efectuada por la administración en contra de la autoridad o servidor público responsable de la acción u omisión que provoco el daño, tal y como señala la Constitución.

El artículo 113 constitucional no difiere sustancialmente del art. 34 de la Constitución de 1967 tal como ya ha sido mencionado, al parecer el constituyente ha optado por solamente agregarle el contenido patrimonial y dedicarle adicionalmente un párrafo a la acción de repetición, en esa línea de ideas dicha acción tendrá distintas finalidades a saber: preventiva ya que al conocer que los efectos de sus acciones tendrán una consecuencia patrimonial –al margen de las otras ya señaladas por la ley, como la inhabilitación temporal de postulación a cargos electivos, acceder al desempeño de funciones públicas, suspensión o destitución del cargo– los funcionarios deberán adecuar sus acciones a criterios de eficiencia y legalidad; protección del patrimonio estatal a través de la restitución en favor del Estado por parte de la autoridad o servidor público responsable.

La acción de repetición deberá estar enmarcada en la corriente del derecho público ya que la noción que se tiene de ella proveniente del derecho privado se presenta entre particulares, relación en la cual no existe mandato que obligue a estos a hacer uso de dicha acción en la protección de sus intereses ya que su naturaleza voluntaria y de contenido patrimonial hace que pueda incluso ser desistida, lo contrario sucederá en el caso de daños ocasionados por la responsabilidad extracontractual del Estado puesto que la acción de repetición en este tipo de casos es imperativa e irrenunciable, por tanto no puede ser desistida y se encuentra fuera del arbitrio de las autoridades en grado administrativo jerárquicamente

superior, autoridades encargadas de la defensa del Estado o Máximas Autoridades Ejecutivas quienes tendrán el deber de controlar que los mandatos provenientes desde la Constitución como la que se cita, sean debidamente ejecutados.

En cuanto al tiempo para la interposición de la acción de repetición deberá establecerse un plazo prudencial como es el caso colombiano, en el que la ley N° 678 de 03 de agosto 2001 obliga a que la acción sea ejercitada en un lapso no mayor a los seis meses posteriores al pago total o de la última cuota efectuada por la entidad pública, siendo sujeto de sanción administrativa en caso de incumplimiento.

Debemos tener en cuenta que el plazo antes mencionado solo será tomado en cuenta a efectos de responsabilidad, puesto que los plazos de prescripción de la acción no son aplicables por deudas al Estado, esto debido a lo expresamente establecido en la Constitución en sus artículos 112 y 324 y las modificaciones realizadas al Código Civil por la ley N° 04 de 31 de marzo de 2010 artículo 39.

CAPITULO III

MARCO JURIDICO – LEGISLACION COMPARADA

3.1 Legislación internacional respecto a la responsabilidad extracontractual del Estado

Para el desarrollo de este punto han sido elegidos cuatro países los cuales son: España, Colombia, México y Venezuela esto debido a que, primeramente si volcamos la mirada al país ibérico tendremos que los grandes avances en la materia y en nuestra lengua, han surgido de la mano de teóricos como García de Enterría, avances que han irradiado a lo largo de países vecinos como el Colombiano por ejemplo, por lo cual una mirada al surgimiento y desenvolvimiento del instituto en estudio en el citado país se torna en más que necesario.

Colombia es uno de los países que al elaborar su Constitución de 1991 ha estado en la vanguardia de lo que ha venido a denominarse el nuevo constitucionalismo latinoamericano al cual nuestra Constitución posteriormente ha sido adscrita, asimismo, es usual que nuestros tribunales tomen como referencia las sentencias emitidas por los más altos tribunales de aquel país para la resolución de casos y en lo que concierne al tema en particular esto se hace más notorio ya que de la lectura de algunas de las sentencias a las que se acude en la presente investigación se lograra evidenciar que el Tribunal Constitucional Plurinacional toma inspiración sobre algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado en aquel país, por lo cual una mirada al desenvolvimiento de dicho instituto en aquel contexto se torna importante.

México desde hace mucho tiempo atrás, pero en especial en las últimas décadas ha ido avanzando en el desarrollo del instituto en estudio a través no solamente de legislación sino principalmente de teoría, formación académica, charlas y seminarios en la misma línea, empero la aplicación en la práctica tiene una gran limitante que nace desde su Constitución y es que en el país azteca la responsabilidad extracontractual del Estado se limita al actuar irregular de la administración, por lo cual observar y citar dicha prudencia en su implementación conviene a efectos de estudio.

Por otra parte, también se ha incorporado a Venezuela para su observación puesto que, al haber alineado la teoría a la Constitución de dicho país a la corriente del nuevo constitucionalismo latinoamericano y asimismo, el que en dicho contexto tampoco se cuente con una normativa específica sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, son

semejanzas que hacen valer su inclusión por la utilidad que aportaría a la experiencia y actualidad boliviana.

3.1.1 Legislación Española

La legislación española y más aún la doctrina y jurisprudencia proveniente de dicho país han dado grandes avances en lo que respecta a la responsabilidad extracontractual del Estado.

Fue durante el siglo XIX que en España se reconocía la responsabilidad aquiliana o extracontractual con base en su Código Civil artículos 1902 y 1903 cuya interpretación refería que el Estado solo respondía por hechos ocasionados a través de un agente especial, de esta manera el Tribunal Supremo entendería que si el daño era ocasionado por los funcionarios era a estos a los que debería serles imputable y no al Estado o a la administración pública de la que fueren pertenecientes.

Sería la Ley de Régimen Local de 1950 la que por primera vez establecería la responsabilidad directa de los entes locales siempre y cuando no mediara culpa o negligencia grave de los funcionarios, de tal motivo que la indemnización a las víctimas debería correr a cargo del ente local y no del funcionario.

Con la ley de Expropiación Forzosa se vio la ocasión ideal de incorporar al sistema de garantías patrimoniales no solo las de expropiación sino también los producidos por daños extracontractuales de los poderes, garantía que luego sería incorporada casi de manera literal en la Constitución de 1978. Dicha ley trato de poner un alto a lo que, literalmente denomino, injustificado privilegio de exoneración.

Aun con la ley en vigencia los tribunales por más de diez años se mostraron reacios a su aplicación puesto que no se llegaba a una cabal comprensión de como la administración paso de no responder por nada a responder por casi todo, en dicho periodo se evidencian casos de víctimas cuyas pretensiones fueron rechazadas por el Tribunal Supremo en virtud del Código Civil y los artículos antes referidos.

Desde la academia hubo un gran impulso a la defensa del nuevo instituto de responsabilidad por un grupo de juristas entre los cuales se encontraba el profesor Eduardo García de Enterría que en el año 1956 publicaría su libro intitulado: Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa. Influencia que hará eco aun en nuestros días en diferentes legislaciones a través de la cimentación del daño antijurídico como base de la responsabilidad extracontractual del Estado.

En la actualidad juristas como Oriol Mir defienden la posición de que puede tornarse en inasumible los costes de reparación por daños edificados sobre la responsabilidad objetiva y ve en la reparación integral un gran defecto.

Mir al respecto señala (2002):

De decidirse, por tanto, la jurisprudencia, a aplicar el sistema de responsabilidad objetiva de la Administración impuesto por la normativa vigente (de decidirse, en definitiva, a aplicar la Ley, a dejar de emanar sentencias ilegales, y a dar efectividad a la insólita combinación de responsabilidad objetiva global y principio de reparación integral contemplada y deseada por el ordenamiento jurídico-administrativo español), siguiendo el ejemplo de las sentencias aisladas que ya lo han hecho —con toda corrección, debe decirse—, se disparará, sin ninguna duda, el montante indemnizatorio que las Administraciones públicas deberán satisfacer en concepto de responsabilidad patrimonial. Y se situará, a buen seguro, en magnitudes inasumibles. (p. 233)

Este tipo de experiencias deben servir tanto al legislador como a los tribunales a momento de definir los montos indemnizatorios sin que se convierta el Estado en un asegurador universal, aunque cabe decir que la posición de Mir también es criticada puesto que parte de la doctrina sostiene que él hace decir a la Constitución lo que en realidad no dice y que su evaluación sobre la responsabilidad objetiva global de las administraciones es errada.

3.1.2 Legislación Colombiana

En Colombia los asuntos relacionados a la responsabilidad estatal extracontractual tuvieron nacimiento a partir de la jurisprudencia y al estar calificada su Constitución como una de las primeras alineadas a la corriente del nuevo constitucionalismo latinoamericano resulta conveniente tener una noción de cómo el tema de investigación fue desarrollándose hasta la actualidad.

La Constitución Política del año 1886 establecía en su art. 151 como una de las atribuciones de la Corte Suprema de Colombia la de conocer los negocios contenciosos en que tenga parte dicha nación, competencia general que mantendría hasta 1964, de tal manera que la Corte Suprema de Justicia de Colombia (1896) a través de la Sentencia de 22 de octubre de 1896 establecería lo siguiente:

Todas las naciones deben protección a sus habitantes, nacionales y extranjeros, y si bien es cierto que un Estado, como persona jurídica, no es susceptible de

responsabilidad penal, si está obligado a las reparaciones civiles por los daños que resultan de un delito imputable a sus funcionarios públicos, cuando no es posible que estos resarzan con sus bienes... (p. 357)

Dicha Sentencia se constituiría en un referente histórico puesto que a partir de ella se empezaba a construir fácticamente, las bases de la responsabilidad del Estado basado inicialmente en la responsabilidad indirecta, solo con respecto a las personas colectivas tomando en cuenta la culpa de los dependientes, *culpa in eligiendo* y *culpa in vigilando*, esta responsabilidad estaba basada en el Código Civil en sus arts. 2347 y 2349 que regulan la responsabilidad por hecho ajeno.

A mayores antecedentes, Henao (2000) apunta que, a partir del año 1964, en virtud al decreto-ley N° 528, las controversias de responsabilidad contra los entes públicos recaerían como competencia general en el Consejo de Estado. Habrá que puntualizar -continúa- que, si bien la competencia de la Corte Suprema era general, por la ley N° 130 de 1913 y la ley N° 38 de 1918 se empezaron a otorgar ciertas atribuciones sobre la materia al Consejo de Estado, las cuales serían ampliadas el año 1941 a asuntos relacionados a la responsabilidad por trabajos públicos en los cuales no se produjera ocupación permanente. (p. 108)

A partir del año 1941 el Consejo de Estado conoció ciertos asuntos sobre los cuales aplico la teoría de la falla del servicio, pero de una manera tímida. A pesar de los esfuerzos de aplicar teoría de derecho público a los asuntos relacionados con la responsabilidad del Estado, la Corte Suprema ligó al art. 2341 del Código Civil la Responsabilidad del Estado, norma que habla sobre la responsabilidad por hecho propio. Hasta entonces no podía hablarse todavía de una responsabilidad estatal especial, a pesar de su reconocimiento por parte del Consejo de Estado en base al Código Contencioso Administrativo, esto debido a la línea adoptada por la Corte Suprema en base al Código Civil antes señalado, recordando que era dicho tribunal quien tenía la competencia general sobre la responsabilidad del Estado.

Finalmente, Colombia en el año 1991 constitucionalizo la responsabilidad extracontractual del Estado, puesto que el art. 90 de la Constitución Política de dicho país expresa que, si el Estado causa un daño antijurídico que le sea imputable a causa de la acción u omisión de las autoridades públicas debe responder patrimonialmente.

Es a partir de la Constitución de 1991 que el Consejo de Estado da grandes avances jurisprudenciales reafirmando la responsabilidad del Estado, centrando su mayor atención en el daño antijurídico para reconocer en varios casos tanto responsabilidad subjetiva como objetiva

del Estado consolidando con los años tres requisitos para su procedencia de manera genérica: el daño antijurídico, la imputación del acto al Estado y el nexo causal entre ambas.

La noción de responsabilidad del Estado basado en el daño antijurídico fue tomando del derecho español en base al trabajo sobre la materia del profesor Eduardo García de Enterría.

Por lo señalado podemos concluir que Colombia es ejemplo del reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado a partir de sus tribunales, puesto que si bien estos no contaban con una norma específica en el área que previese dicho tipo de reconocimiento fue a partir de la doctrina y normas conexas a la civil que entendieron la responsabilidad que ataba a la administración y que dichos daños no podían quedar impunes.

3.1.3 Legislación Venezolana

Al igual que nuestro país, Venezuela no había dado señales en su historia de un reconocimiento cabal de la institución en estudio, apenas un atisbo se encontraría en la Constitución de 1830 mismo que en su art. 147 establecería la competencia de la Corte Suprema de Justicia para conocer las controversias que resultaren de los contratos y negociaciones que celebre el Poder Ejecutivo, posteriormente un paso más se daría con la Ley de 17 de mayo de 1877 la cual habilitaba a reclamar a la Nación una indemnización, pero en base a expropiación y perjuicios.

Sería la Constitución de 1961 la que en sus arts. 47, 121, y 206 reconocerían la reparación por responsabilidad extracontractual del Estado, aunque aún sin mencionarla de esa manera, de cualquier manera el arribo a dicha conclusión surgiría fácilmente de la interpretación del texto de los citados artículos, en esa línea se expresaría la Procuraduría General de la República puesto que a través del dictamen de 19 de octubre de 1993 reconocería que el régimen de responsabilidad se encontraba efectivamente previsto en el art. 47 citado.

Ya la actual Constitución de 1999 establece con claridad en su art. 140 que: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los o las particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la administración pública.”

Aun con una disposición tan clara como la que se señala en el párrafo precedente, Venezuela no ha desarrollado dicho mandato constitucional a través de legislación infraconstitucional es por tal razón que, los ciudadanos han debido hacer uso de la legislación

Civil para la reclamación de daños antijurídicos ocasionados por el Estado; la doctrina y jurisprudencia de forma unánime también coincidieron que ante el vacío debía aplicarse a los casos de responsabilidad la normativa de derecho común referente al hecho ilícito. Por lo señalado debe tenerse presente que, la normativa referida solo podría tener peso o ser relevante en casos por funcionamiento anormal o por falta en observancia de si la conducta desarrollada fue culposa, dolosa o ilegal, en ese contexto si el daño es producto de la responsabilidad sin falta no cabría la figura de la responsabilidad civil ordinaria.

3.1.4 Legislación Mexicana

México cuenta con una estructuración de la responsabilidad del Estado desde hace casi dos siglos inclusive, pero con una peculiaridad que la hace merecedora de mención a los efectos de la presente.

El primer antecedente del reconocimiento de la responsabilidad del Estado en el comúnmente denominado país azteca, fue una Orden de 25 de octubre de 1821 por el cual se disponía la clasificación de documentación con el objeto de reorganizar el crédito nacional, puesto que el proceso de independencia de dicho país había tenido como punto culminante la entrada del ejército a la ciudad de México el 27 de septiembre de 1821.

Posteriormente, el 23 de febrero de 1822 se expide una ley de Pensiones para viudas y huérfanos de soldados insurgentes y españoles que habían luchado en la causa independentista. A través de la misma ley se dispuso que el Estado también asuma la responsabilidad de asumir los daños causados a extraños y enemigos.

A través del Decreto de 28 de junio de 1824 el Estado mexicano reconoce su responsabilidad al ordenar el pago de las deudas contraídas por el gobierno de los Virreyes hasta el 17 de septiembre de 1810.

Las disposiciones normativas mexicanas referentes a la presente investigación se siguieron dando con el transcurso del tiempo, las cuales se citan a manera enunciativa: ley de 22 de febrero de 1832; Decreto de 23 de abril de 1834; ley de reclamaciones de octubre de 1855; leyes de Juárez de 11 de febrero, 25 de marzo y 17 de diciembre de 1860; ley de reclamaciones de 31 de mayo de 1911 sustituida por la ley de reclamaciones de 1917; decretos de 31 de mayo y 30 de julio de 1911; ley de reclamaciones de 30 de agosto de 1919; ley de depuración de créditos de 31 de diciembre de 1941.

Si bien la normativa señalada en el párrafo precedente se constituye en antecedentes que señalarían el camino al reconocimiento de la responsabilidad del Estado en México ya como una institución definida, en ninguna de ellas se reconocen explícitamente la responsabilidad patrimonial general del Estado con las cualidades de la ley Federal de Responsabilidad de 2004.

La ley Federal de Responsabilidad (2004) de México en su artículo primero señala:

...se entenderá por actividad administrativa irregular, aquella que cause daño a los bienes y derechos de los particulares que no tengan obligación jurídica de soportar, en virtud de no existir fundamento legal o causa jurídica de justificación para legitimar el daño de que se trate.

Con motivo de la implementación del Sistema Nacional de Corrupción en fecha 27 de mayo de 2015 se publica la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cambiando el segundo párrafo del art. 113 al art. 109 del mismo cuerpo normativo, por la cual se establece que la responsabilidad objetiva y directa del Estado emerge por daños ocasionados por la actividad administrativa irregular del mismo, reconociendo el derecho a la indemnización conforme a ley.

La redacción antes señalada, desde su vertiente constitucional indica que la responsabilidad por daños causados por la administración es objetiva y directa, limitada a la condicionante de que sean tratadas solamente las acciones administrativas irregulares desconociéndose los daños generados en actuaciones lícitas que no será lo mismo a desconocer daños efectuados de manera ilícita.

Castro señala (2007):

...no se deben entender las palabras “actividad administrativa irregular” como actividad administrativa ilícita, pues se estaría produciendo una fuerte contradicción jurídico-conceptual, toda vez que la noción de ilicitud en esta materia es propia de la responsabilidad subjetiva, la cual es precisamente la que se pretende superar en beneficio de los particulares que resientan lesiones patrimoniales que no tienen el deber jurídico de soportar, independientemente de la conducta lícita o ilícita que la produzca”.
(p. 548)

El hecho de que se establezca específicamente que la responsabilidad es directa, supondrá que no debe agotarse un proceso administrativo previo, ya sea administrativo o

judicial, para determinar la responsabilidad del agente y tampoco que deba ser éste quien responda por el daño, sino que el mismo debe ser reparado directamente por el Estado.

Cuando se había revisado la Constitución y a momento de imponer la limitante de indemnizar solo los daños emergentes del actuar irregular de la administración se aceptó que era una limitación que podía ser revisada observando el desarrollo de la regulación sobre el tema, empero una eventual ampliación al actuar regular solo sería posible mediante una modificación a la Constitución.

En base a todo lo señalado debe considerarse que, si bien México ha reconocido la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado objetiva y directa, el hecho de que se restrinja la misma a su actividad irregular desnaturaliza su propósito puesto que como ya ha sido señalado la administración puede generar daños inclusive con su actividad regular los cuales no pueden estar exentos de reparación ya que con dichos casos se ocasiona una ruptura de la igualdad ante las cargas públicas, en el caso mexicano la limitación queda impuesta desde su Constitución.

3.1.5 Análisis comparativo

Han sido expuestos los aspectos más relevantes de los países propuestos. A continuación, se presentará un cuadro comparativo respecto al contexto boliviano:

Edad Antigua	
Bolivia 1825-1967	Legislación internacional
<ul style="list-style-type: none"> - Falta de legislación concreta y específica. La Constitución de 1826 especificaba la irresponsabilidad del Presidente. - No se encuentran fallos en los cuales los tribunales de justicia hayan usado la normativa Civil para obligar directamente al Estado a responder por daños extracontractuales. - Producción de normas específicas y aisladas para la reparación, por ejemplo, a ciudadanos que participaron en batallas en pos de la 	<ul style="list-style-type: none"> - España, Colombia y Venezuela previo a la constitucionalización de la responsabilidad del Estado han encontrado en el Código Civil una herramienta útil para obligarle a la reparación. - México muestra normativa dispersa y no específica respecto a la materia.

defensa de la patria.	
Edad Moderna	
Bolivia 1967-2009	Legislación internacional
<ul style="list-style-type: none"> - Aunque ni el legislador ni los tribunales de justicia lo hayan considerado así, la Constitución de 1967 en su art. 34 abría las puertas a la constitucionalización de la responsabilidad extracontractual del Estado, la historia señala que no hubo mayores avances en la materia. - Los tribunales de justicia llegan a justificar inclusive la irresponsabilidad del Estado. 	<ul style="list-style-type: none"> - España, Colombia y México avanzan hacia la emisión de normativa específica y exclusiva respecto a la responsabilidad extracontractual del Estado. - Venezuela a pesar de la claridad de su Constitución no produce legislación infraconstitucional de desarrollo, lo cual no impedirá a sus tribunales amparar las pretensiones de reparación contra el Estado con base en el Código Civil.
Edad Contemporánea	
Bolivia 2009 a la fecha	Legislación internacional
<ul style="list-style-type: none"> - Se encuentra consenso en la Academia en cuanto a que el art. 113 constitucional hace procedente la responsabilidad extracontractual del Estado. - Los administradores de justicia, tanto Supremo como Constitucional, reconocen y promueven la responsabilidad extracontractual del Estado, aunque de forma muy escasa y desordenada ya que todavía pueden ser hallados casos (nos referimos al Tribunal Supremo) en los cuales se obliga al Estado a reparar en base a la normativa Civil, téngase en cuenta que es aquel mismo quien había reconocido en la normativa administrativa la 	<ul style="list-style-type: none"> - En España, si bien la posición de teóricos como Mir Puigpelat han influido en las decisiones de los tribunales de justicia, profesores como Fernández (2021) la observan y ven necesario corregir lo que denomina: la discutida naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial de la administración. - Colombia se encuentra en la vanguardia ya que avanza en la configuración de nuevos supuestos indemnizatorios, uno de los más actuales refiere a la reparación por afectación de derechos constitucional y

<p>vía idónea de reclamación.</p> <p>- Se tiene la tarea pendiente por parte del legislador el configurar el desarrollo infraconstitucional sobre el instituto jurídico en cuestión.</p>	<p>convencionalmente protegidos.</p> <p>- Venezuela, al margen de su Constitución, todavía ampara en el Código Civil las reclamaciones contra el Estado teniendo pendiente el aclarar normativamente la naturaleza administrativa de la responsabilidad del Estado.</p> <p>- México cuenta con la tarea pendiente de levantar la traba constitucional que restringe la reparación a la actuación irregular de la administración, con el fin de que pueda hablarse recién en ese escenario, de una responsabilidad objetiva y directa propiamente dicha.</p>
--	---

3.2 La responsabilidad internacional de los Estados en la esfera interamericana de la protección de los Derechos Humanos

Aunque la presente investigación no tiene como fin el analizar a profundidad los principios y reglas de la responsabilidad del Estado en la esfera internacional, lo cual sin duda demandaría un otro gran esfuerzo merecedor de un trabajo de investigación independiente, debe tomarse en cuenta por lo menos de manera enunciativa con la finalidad de comprender los alcances y avances en la materia.

A pesar de que se habían realizado intentos tendientes a materializar la institucionalización de la resolución de conflictos entre Estados, fue la Carta de las Naciones Unidas firmada el 26 de junio de 1945 en la ciudad de San Francisco cuya entrada en vigor se produjo el 24 de octubre del mismo año, la que estableció la Corte Internacional de Justicia, institución que ha jugado un rol importante en la resolución de conflictos de carácter internacional y que además a establecidos varios principios y reglas en materia de Responsabilidad internacional de los Estados.

Gómez-Robledo (2008) en un análisis de la postura del insigne profesor Hans Kelsen sobre la responsabilidad internacional del Estado concluye:

Las obligaciones de los Estados impuestas por el derecho internacional, son obligaciones jurídicas cuyo cumplimiento se lleva a cabo por los individuos que el orden jurídico internacional califica con el carácter de "sujeto-órgano", y en principio son designados con tal carácter, por los ordenamientos jurídico-internos, mediante el principio general de delegación que rige el sistema de derecho internacional.

Cuando el sujeto-órgano de Estado incumple una obligación internacional, es decir, cuando no realiza la acción u omisión que figura como hecho contrario a aquel que es condición de la sanción, comete un hecho ilícito internacional, que permite se genere la aplicación de una sanción como consecuencia condicionada del hecho delictuoso internacional. (p. 207)

Cabe mencionar que la Corte Europea de Derechos Humanos, si bien expide Sentencias revestidas de obligatoriedad, en lo que respecta a la reparación deja que sean los Estados a través de su legislación interna quienes determinen el monto correspondiente y solo cuando la misma repare de manera imperfecta las consecuencias de la violación, el Tribunal puede determinar una indemnización equitativa a los afectados tal como se establece en el artículo 41 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950) teniéndose así que la reparación por responsabilidad internacional corresponde en primer lugar a los Estados que forman parte de la Convención Europea.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ya desde los casos *Velasquez Rodriguez vs. Honduras* y *Godinez Cruz vs. Honduras*, de fechas 29 de julio de 1988 y 20 de enero de 1989 respectivamente, ha determinado la responsabilidad del Estado por vulneración de Derechos Humanos, señalando sobre la reparación en los párrafos 166 del primero y 175 del segundo lo siguiente:

La segunda obligación de los Estados Partes es la de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si

es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

Los criterios que la Corte ha venido siguiendo para determinar la reparación correspondiente se sustentan en los principios del derecho internacional. La facultad para establecer responsabilidad del Estado y reparación por las consecuencias de la vulneración de derechos a través del pago de una justa indemnización se encuentra contemplada expresamente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos artículo 63 numeral 1.

La Sentencia de 21 de julio de 1989 sobre reparaciones y costas del caso Velasquez Rodriguez vs. Honduras otorgara también el lineamiento inicial para la distinción entre indemnización y reparación, los antecedentes relatan que tanto la Comisión como los abogados de la parte afectada habían señalado que en ejecución de fallos debían ordenarse medidas a cargo del Gobierno de Honduras como la investigación de los hechos relativos a la desaparición forzada de Manfredo Velasquez, la sanción a los responsables, declaración pública de rechazo a dichas prácticas, reivindicación de la memoria de la víctima y otros, mismos que la Corte considero que formarían parte de la reparación y no de la indemnización, mencionándose más adelante que la propia Sentencia emitida el 29 de julio de 1988 constituía por si una forma de reparación y satisfacción moral. En concordancia, también se expone que a la vulneración de una obligación internacional corresponde repararla mediante una plena restitución, *restitutio in integrum*, lo que engloba al restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral.

Con el pasar del tiempo el Tribunal ha ido estableciendo reglas que deben cumplir los Estados para la reparación de las violaciones de Derechos acordes a su naturaleza y gravedad, dichas medidas han ido avanzando a través de la progresividad interpretativa, la cual debe ser entendida como un proceso de evolución de los derechos, donde los mismos no pueden disminuir.

Cabe señalar que la ejecución de la indemnización compensatoria que establece la Corte, en los términos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos artículo 68 numeral 2, debe realizarse mediante procedimiento interno vigente de cada Estado lo cual no pocas veces ha traído ciertas dificultades, ya que los mismos no cuentan con legislación específica para el cumplimiento de fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así

por ejemplo la Sentencia emitida en el caso I.V. vs Bolivia, una de las más recientes en contra de nuestro país, ha debido ser efectivizada mediante la emisión del Decreto Supremo N° 3260 de 26 de julio de 2017, es decir la Sentencia de la Corte en cuanto a la indemnización ha sido cumplida a través de la emisión de una norma específica para el caso. Cabe señalar que, a través de la Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, de fecha 14 de noviembre de 2017, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dispuesto que el Estado boliviano adopte a la brevedad posible las medidas necesarias para el cumplimiento efectivo de la Sentencia ya que la misma a dicha fecha no había sido satisfecha íntegramente.

Así como en el caso I.V. vs Bolivia (a la cual se hace referencia con un poco más de detenimiento en el 4.3.3 de la presente) nuestro Estado ha sido citado en otras ocasiones ante la Corte, así como se tiene registrado en los siguientes casos:

Trujillo Oroza vs. Bolivia

Ticona Estrada y otros vs. Bolivia

Ibsen Cardenas e Ibsen Peña vs. Bolivia

Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia

Andrade Salmon vs. Bolivia

También se tienen casos actualmente en trámite citados a continuación: Flores Bedregal y familia vs. Bolivia, Angulo Losada vs Bolivia, Valencia Campos y otros vs. Bolivia.

A continuación, se hará una breve mención de los aspectos pertinentes de cada caso resuelto por la Corte a los fines de la presente investigación.

En los casos Trujillo Oroza, Ticona Estrada, Ibsen Cardenas e Ibsen Peña, ha habido una participación activa de militares en la desaparición y posterior pasividad en su búsqueda tanto de la policía como de la administración de justicia, casos que provienen de una época en que el país se encontraba atravesando una inestabilidad democrática marcadas por golpes de Estado inclusive.

En el caso de la familia Pacheco Tineo se observa una participación deficiente tanto de la fiscalía como de la Comisión Nacional del Refugiado.

En el caso Andrade Salmon se observa un funcionamiento negligente de la administración de justicia.

Como ha podido ser evidenciado, en todos los casos existe actuaciones que, al margen de un análisis minucioso, bien pueden ser acogidas en base a la falla del servicio, estas actuaciones deficientes de la administración se suscitan, no solo por la baja importancia que se le da a la asignación presupuestaria de ciertas instituciones, sino en gran medida a causa de que no se cuenta con mecanismos idóneos de control y por ende vías adecuadas para la reparación, la falta de legislación se hace aún más notoria a momento de hacer efectiva la reparación ordenada por la Corte puesto que, como ya ha sido referido, para su cumplimiento debe emitirse cada vez una norma específica, cuenta de ello dan los Decretos Supremos N° 27001 de 17 de abril de 2003, N° 262 de 26 de agosto de 2009, N° 840 de 06 de abril de 2011, N° 1935 de 19 de marzo de 2014, N° 3264 de 26 de julio de 2017.

En el diseño legislativo sobre la responsabilidad extracontractual del Estado se tendrá también la oportunidad de que su implementación venga acompañada con una estructura institucional independiente, un buen ejemplo se encuentra en Colombia a través del Servicio Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas (SNARIV) que, si bien nace a raíz del conflicto armado, en nuestro país y con sus particularidades serviría principalmente para la reparación integral y seguimiento a la misma en conjunto con las víctimas que han sufrido vulneración en sus derechos, también sería el ente responsable de diseñar políticas para la prevención y por último, organizador de datos y estadísticas sobre casos de responsabilidad extracontractual en todo el territorio brindando datos confiables sobre el impacto en el erario estatal año a año, realizando en esa misma línea un seguimiento a las acciones de repetición, velando por que las mismas no queden en una pasividad que acreciente el daño al patrimonio estatal que al final de cuentas pertenece a todos los ciudadanos.

3.3 Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia

Bolivia, como ya ha sido mencionado, no cuenta con una tradición extensa en lo que respecta a la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado.

Sotomayor (2016) señala:

...en la configuración de las garantías constitucionales en general de las garantías concretas y en especial del proceso contencioso administrativo, la reparación integral constituye *conditio sine qua non* para lograr una efectiva protección de los derechos. Sin embargo, no es regulada por el contencioso administrativo en Bolivia, fundamentalmente sobre la responsabilidad patrimonial del Estado, existiendo muy escasa jurisprudencia al respecto, conformándose los tribunales a anular o revocar las

decisiones de la Administración; sin brindar asimismo efectiva protección de los derechos del ciudadano. (p. 244)

De cualquier manera, cabe poner en evidencia el papel del Tribunal Supremo de Justicia en la materia puesto que, como se había adelantado, en su momento ha llegado a justificar la irresponsabilidad del Estado.

Al respecto Morales (1992) señala:

...En el régimen legal vigente, la responsabilidad civil del Estado y sus órganos no puede ser negada a tenor de lo que disponen los arts. 52, 1) y 57 del Código, que ha de influir, sin duda, para terminar con la vacilante y contradictoria jurisprudencia dada en la materia

...

4.- “La responsabilidad civil establecida por el art. 966 (984) del c.c., es meramente personal, razón por lo cual tratándose de funcionarios públicos que en el ejercicio de sus cargos y por causas que no son punibles causan daño a un particular, debe ser intentada contra la persona del funcionario causante del daño y no en forma genérica contra la entidad o persona jurídica o legal en cuyo nombre actúa.” (G.J. N° 1235, p. 6).

5.- “Probado que los daños ocasionados al demandante se deben exclusivamente al descuido e imprevisión de los trabajadores municipales, al responsabilizarse de los mismos a la institución demandada, en observancia de los arts. 966, 967 y 968 (984 y 922) del c.c., no existe la infracción de ley que se acusa en el recurso” (G.J. N° 1359, inédita; cit. Arce y Urcullo).

6.- “Si bien es cierto que el Estado y sus organismos son personas de derecho público, que se distinguen de los particulares en cuanto actúan en función de poder, no es menos evidente que cuando intervienen en la esfera del derecho privado, tienen similar tratamiento, conforme preceptúa el art. 122, inc. 1°, de la Const. razón por la cual, en la especie, resulta inaceptable la observancia (contraria) hecha al respecto” (G.J. N° 1591, p. 162). (t. II) (p. 1277)

El carácter garantista de la Constitución Política del Estado de 2009, ha impulsado avances en distintas áreas del derecho y la institución mencionada va adquiriendo mayor relevancia.

Debe recordarse que varios países han iniciado el camino hacia la consolidación de la responsabilidad del Estado amparándose en la codificación Civil. En nuestro país, casos que no solamente versaban sobre responsabilidad extracontractual sino inclusive controversias derivadas de contratos con el Estado, era usual que fueran presentados y resueltos ante jueces en materia Civil, lo cual ha ido cambiando a su cauce natural a través de fallos emitidos por el Tribunal Supremo de Justicia, sin embargo, esto no ha impuesto un límite a los jueces civiles, probablemente debido al desconocimiento, a continuar resolviendo casos que claramente corresponden al ámbito administrativo, un ejemplo de ello será el Auto Supremo 985/2015-L de 28 de octubre, cuyos detalles han sido referidos dentro de los antecedentes del problema.

Lo citado precedentemente, sobre los contratos y la resolución de controversias provenientes de los mismos ante autoridad incompetente en razón de materia, ha ido evolucionando en la jurisprudencia con el tiempo.

Dado que no concuerda con los objetivos de la investigación el analizar a profundidad los contratos administrativos, su desarrollo o en especial su cumplimiento o resolución y por consiguiente la responsabilidad que podría acarrear para el Estado, si se hace pertinente realizar por lo menos una breve mención a las Sentencias más importantes relativas a dicho aspecto.

A través del Auto Supremo 84/2012 de 25 de abril, el Tribunal toca un aspecto importante en lo referente a la responsabilidad contractual y es que el modelo del Documento Base de Contratación (DBC) emitido por el Órgano Rector en la cláusula vigésima primera o vigésima segunda según el monto de la contratación de obras, establece que para la resolución de controversias las partes están facultadas para acudir a la vía coactiva fiscal, pues bien, en el Auto referido, propiamente se expresa que solo el Estado puede acudir a dicha vía ya que para activarla es necesario un instrumento con fuerza coactiva, por lo que un particular no podría acudir ante la jurisdicción coactiva fiscal con la finalidad de hacerle conocer sus pretensiones, señalando más adelante que si bien los contratos que se suscriben con las entidades estatales son de naturaleza administrativa su conocimiento y resolución sigue en el ámbito Civil.

Mayores luces sobre el asunto se encontrarán en el Auto Supremo 286/2012 de 21 de agosto, en el cual se establece que, en aquellos asuntos sobre los que no se haya pactado una resolución de controversias por la vía arbitral, el particular debe hacer uso de los recursos que le faculta la ley, por ejemplo, en ocasión de lo que en doctrina se conoce como la resolución

administrativa de contrato, el particular deberá oponerse al acto administrativo por el cual se le comunica de la resolución para posteriormente acudir al proceso contencioso administrativo.

Posteriormente, el Auto Supremo 478/2012 de 13 de diciembre, sentencia en definitiva que, los jueces en materia Civil otorgaron un manto erróneo de legalidad a los procesos que por su naturaleza pertenecen al ámbito Administrativo, empero que eran resueltos por dichas autoridades sin considerar su competencia o para el caso su incompetencia, lo que debe derivar en la nulidad de lo obrado.

Por último, el Auto Supremo 251 de 22 de mayo de 2014, en lo que denomina: El contrato administrativo regido por el Derecho Público, solución sustantiva y no procesal; señala que, si se acepta la existencia del contrato administrativo, se acepta también que ese contrato contiene un régimen de Derecho Público lo cual deviene indefectiblemente que se procese ante la jurisdicción contenciosa-administrativa.

A manera de cierre de este pequeño apartado referente a los contratos estatales cabe señalar que recién desde la ley N° 1178 o mejor, desde la Resolución Suprema Nro. 215475 de 20 de marzo de 1995 que puso en vigencia las Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios para el sector público, el Tribunal Supremo de Justicia considera a los contratos suscritos por las entidades estatales y los particulares para la resolución de las controversias en su aplicación formal, los contratos firmados antes de dicha fecha podían ser adecuados y resueltos bajo la normativa Civil, quizá esta costumbre fue la que, quedando en el tiempo y aun con normativa administrativa ya consolidada se haya mantenido como un resabio en los administradores de justicia en materia Civil para que incluso, ya adentrados en el presente siglo todavía tramitaran sin objeción las controversias resultantes de los tan mencionados, contratos administrativos.

A manera de ejemplificación y volviendo con el tema de investigación, tenemos que en fecha 12 de septiembre de 1995 el Honorable Consejo Municipal de La Paz a través de la Resolución Municipal N° 361 dispuso la clausura de un Salón velatorio denominado “La Pietá Monte Sacro” por considerar que no se sujetaba al Reglamento de Uso de Suelos y Patronos de Asentamiento (USPA) y al Reglamento General de Cementerios, Casas Fúnebres y Velatorios, ya que dicho salón velatorio habría estado ubicado con respecto a un Centro Médico, a una distancia menor de la establecida en el reglamento. Por otra parte, también se determinó que se habría realizado cambio de uso de suelo sin justificación. Al entender que la Resolución Municipal citada atentaba en contra de sus derechos, la Sra. Celia Muszinsky de De

La Fuente interpone una demanda en contra de la Alcaldía de La Paz, en la vía ordinaria por resarcimiento de daños y perjuicios.

Los antecedentes señalados en el párrafo precedente fueron de conocimiento de un Juez en materia Civil quien en Sentencia ordenó a la entonces Honorable Alcaldía Municipal de La Paz al pago de daño emergente en la suma de \$us 316.981,70 (trescientos dieciséis mil novecientos ochenta y un 70/100 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica).

Conforme a procedimiento, el caso llegó a instancia de Casación llegando a emitirse la Sentencia N° 194 de 4 de junio de 2014 por el Tribunal Supremo de Justicia a través de su Sala Civil Liquidadora la cual dentro de los fundamentos señaló que la Resolución Municipal N° 361 se constituía en un verdadero acto administrativo y que la demandante no había activado el recurso revocatorio que señala la ley en su momento para oponerse a la clausura determinada, lo cual -según el tribunal- no podía repararse mediante una acción Civil.

Empero, el tribunal no limitó ahí su argumentación sino señaló también que la irresponsabilidad del Estado ya había sido superada y por tanto no se encontraba exento de responsabilidad reparatoria patrimonial, sea por sus funciones legislativa, ejecutiva, jurisdiccional o administrativa, puntualizando que Bolivia ya había reconocido legislativamente la antedicha responsabilidad, citando a tal efecto la ley de Municipalidades de 1985 en sus artículos 116 y 117, la ley N° 1178 de 20 de julio de 1990 en su artículo 32, para finalmente invocar la Constitución Política del Estado de 2009 en su artículo 113 párrafo II, como fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado.

Más adelante, la misma Sentencia aclara que la responsabilidad patrimonial del Estado responde a una naturaleza administrativa, por lo tanto, la resolución de la misma no corresponde a un juez en materia Civil, sino que debe darse observancia al Código de Procedimiento Civil en su artículo 778 el cual indica que la persona que creyere lesionado o perjudicado su derecho privado puede activar el proceso contencioso administrativo previo cumplimiento de los requisitos para su procedencia. Motivos suficientes para que el Tribunal haya dispuesto la anulación de todo lo obrado señalando a la parte actora accionar ante quien correspondiere en razón de competencia.

En base a todo lo señalado puede observarse que la Sentencia N° 194 de 4 de junio de 2014 marca un precedente importantísimo para la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado, ya que la reconoce como un instituto de derecho administrativo y señala además el camino a seguir para su correspondiente tratamiento, lineamiento que deberá ser ampliado con

mayor producción de Sentencias en el mismo sentido y en base al análisis de fondo de los casos que constituyan la tan citada responsabilidad.

3.4 Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional

Si bien el Tribunal Supremo de Justicia no ha mostrado una atención especial hacia la responsabilidad extracontractual del Estado, se evidenciará que el Tribunal Constitucional Plurinacional por su parte ha dado señales más claras hacia su reconocimiento y consolidación.

Como muestra de lo señalado precedentemente, se tiene el caso del señor Zacarias Navia Navia quien en fecha 30 de noviembre de 1989 ingreso al centro de rehabilitación “Palmasola” ubicado en la ciudad de Santa Cruz con el objeto de cumplir con la medida cautelar de detención preventiva, dispuesta en el marco de un proceso instaurado en su contra por la presunta comisión del delito de asesinato. Puesto que, hasta abril de 2013 el señor Navia no contaba con una sentencia ejecutoriada, interpone una acción de libertad alegando detención ilegal por más de 23 años y que el expediente que sustentaría la causa en estrados judiciales se encontraba incompleto.

Analizados los antecedentes del caso el tribunal de garantías declara improcedente la acción, puesto que el juez contra quien se había dirigido la demanda y quien había determinado su detención ya no cumplía función jurisdiccional alguna, es más, a la fecha en que se interpuso la acción dicho ex juez había fallecido, por lo cual lo resuelto por el tribunal de garantías respondió a la falta de legitimación pasiva en la parte accionada, antecedentes que conforme manda el procedimiento fueron remitidos al Tribunal Constitucional Plurinacional para su revisión.

Conocidos los antecedentes del caso el Tribunal Constitucional Plurinacional emite la Sentencia 2027/2013 de 13 de noviembre, por la cual se concede la tutela a efectos de que el juez a cargo de la causa señale audiencia de cesación a la detención preventiva y sea dicha autoridad quien resuelva la situación procesal del accionante bajo el argumento de que, si bien la acción no había sido dirigida en contra de la autoridad que se encontraba a cargo de la titularidad del juzgado en el cual radicaba la causa del señor Navia, en aplicación del principio de informalismo correspondía que se ingrese al fondo de la revisión del caso y se determine si se había conculcado la Constitución por encima de cualquier formalismo que entorpeciera esta labor.

El caso del señor Navia no concluye con la precitada Sentencia, puesto que en fecha 29 de abril de 2013, es decir cuando la primera acción que había interpuesto se encontraba todavía en revisión por el Tribunal Constitucional Plurinacional, nuevamente interpone una acción de libertad dirigiéndola esta vez en contra del juez que en ese entonces se encontraba a cargo del proceso. En esta ocasión el tribunal de garantías deniega la tutela y dispone en primer lugar que el juez ordene la búsqueda del expediente que conforma la causa y que basado en los alegatos del accionante era evidente que el mismo había sido condenado a treinta años de presidio.

En revisión de lo resuelto como se expuso en el párrafo precedente, el Tribunal Constitucional Plurinacional emite la Sentencia Constitucional Plurinacional 564/2014 de 10 de marzo, por la cual se dispone conceder la tutela solicitada en base a haberse determinado la no sustanciación de un proceso penal en su contra que hubiese finalizado con sentencia condenatoria, además de habersele mantenido con detención preventiva por un lapso mayor a los dos tercios requeridos para el acceso a la libertad condicional.

Empero lo novedoso de la Sentencia Constitucional Plurinacional 564/2014, la cual está catalogada como fundadora, no radica en que haya dispuesto la libertad de un individuo por una detención preventiva groseramente excesiva que atenta los derechos fundamentales de la persona, sino en el hecho de que en dicha sentencia se ha analizado la institución de la responsabilidad del Estado y han sido citados conceptos como el daño antijurídico, indemnización, reparación y resarcimiento.

La Sentencia Constitucional Plurinacional 564/2014 de 10 de marzo en lo pertinente a la presente investigación señala:

...el daño antijurídico se produce, para García de Enterría, cuando éste no encuentra justificativo en título jurídico alguno (llámesele providencia o resolución), lo cual implica taxativamente que la administración de justicia no se halla legitimada para causar esa lesión, y por ende el administrado no está en la obligación de soportarla, sea porque no existe una causa legal que lo obligue a recibir el daño o éste no exceda las cargas comunes que implica vivir en sociedad bajo el principio de igualdad.

Así las cosas, se establece que cuando los órganos del Estado actúan en apartamiento de las normas constitucionales y legales, sean estas internas o de orden internacional, lesionan los derechos y garantías fundamentales de las personas y ocasionan un daño antijurídico emergente de la actuación de autoridad pública, ya sea como consecuencia

de una acción u omisión o debido a la ausencia en el cumplimiento de sus funciones; es decir, el hecho de que la administración de justicia haya dejado de actuar cuando su obligación era hacerlo, se constituye en un grave daño a los derechos y garantías constitucionales de las personas, perjuicio que éstas no están obligadas a soportar; por lo que, siendo que las autoridades judiciales así como los funcionarios que de ellos dependen forman parte del aparato punitivo del Estado, cuando existe una relación directa causa-efecto entre el daño y la acción u omisión de la autoridad pública y este daño es grave, será pues el Estado quien deba indemnizar al afectado por los perjuicios ocasionados.

Más adelante la misma decisión deja claramente establecido que, si bien el Estado tiene la obligación de reparar los daños que ocasiona alguno de sus Órganos o algún funcionario público que dependa de aquel, dicho daño debe:

- Estar directamente vinculado al servicio que el funcionario está obligado a prestar;
- Ser producto de un daño antijurídico grave, relacionado a las atribuciones Órgano, institución o funcionario responsable;
- Emerger de la falla del servicio público que presta el Estado sin que importe que el error sea evidente o manifiesto ni que la equivocación se deba a dolo, culpa o falta de diligencia.

La referida Sentencia deja establecido que la cuantía de la indemnización debe ser calificada por el Tribunal de Garantías que conoció el caso en primer lugar, observando los criterios establecidos en el caso Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador que fue de conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resuelto a través de la Sentencia de 21 de noviembre de 2007, en la cual se determinó indemnización por daño material e inmaterial y por reintegro de costas y gastos. La orden dirigida al tribunal de garantías se entiende, obedece a que la reparación ordenada nace a raíz de una acción constitucional y no por una demanda específica ante autoridad competente solicitando la reparación por responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado.

De la lectura del caso del señor Navia, puede evidenciarse que la responsabilidad extracontractual del Estado ha sido plenamente reconocida por el máximo intérprete de la Constitución dentro del Estado Plurinacional de Bolivia, aunque en dicho primer acercamiento ha querido ser cauteloso y restringir, aunque en perjuicio de la población, dicha responsabilidad a daños graves y a la falla del servicio.

La Sentencia Constitucional Plurinacional 916/2014 de 12 de mayo ante un caso con situaciones fácticas similares a las del señor Navia, se reconoció la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado sin mayores cambios en el razonamiento que ya había sido glosado en la Sentencia 564/2014 de 10 de marzo.

Como se había adelantado, el entendimiento establecido en la Sentencia Constitucional Plurinacional 564/2014 de 10 de marzo fue modulado a través de la Sentencia Constitucional Plurinacional 990/2016-S2 de 7 de octubre, la cual levanto las restricciones que se integraba en la primera sentencia y que fueron anotadas anteriormente, de tal manera que ahora se dejó establecido lo siguiente:

Cabe aclarar que el art. 113 de la CPE no establece taxativamente que la reparación sea procedente solo ante un grave daño, sino más bien abre la posibilidad de que ante toda lesión sea esta grave o no, la finalidad de esta disposición constitucional, es la reparación integral a la víctima de la lesión a sus derechos fundamentales; porque si bien es cierto que una forma de reparación del daño se la efectúa cuando se emite una resolución judicial que tutele la lesión sufrida y por lo tanto se restablecen las cosas al estado anterior a la vulneración; sin embargo existen otras formas de reparación referentes al daño material o inmaterial, entendiéndose como daño material el lucro cesante y daño emergente y por inmaterial, el daño moral y psicológico, que pudo haber sufrido la persona agraviada.

Más adelante en la citada Sentencia, se menciona que la Constitución Política del Estado artículo 113 no ha sido desarrollado legislativamente a través de normativa infraconstitucional y por tanto dicho tribunal no podía ordenar la reparación de los daños inmateriales a pesar de que se haya comprobado la vulneración de derecho fundamental a consecuencia de la privación indebida de libertad.

Entendemos que la negativa señalada atenta contra los principios de la Constitución y la búsqueda del vivir bien, además de ir en contra de lo dispuesto por el artículo 109 de la propia norma suprema, ya que al ser de aplicación directa no necesita como requisito *sine qua non* de legislación de desarrollo, habiendo sido implantado que el imperio de la ley sea derrotado por la supremacía de la Constitución a partir del año 2009.

A pesar de que el texto de la referida sentencia alude a daños materiales e inmateriales y que no puede ordenarse reparación de este último por no contarse con el respectivo basamento legal, no deja claramente establecida u ordenada la reparación de los daños

materiales causados al accionante y a cargo de quien debe correr la responsabilidad de su estimación.

Otra determinación de importancia a ser considerada que provee la sentencia 990/2016-S2 que viene siendo descrita es que, en observancia del vacío legal suscitado por la inexistencia de legislación de desarrollo correspondiente a la Constitución Política del Estado artículo 113, exhorta a la Asamblea Legislativa Plurinacional a emitir una norma legal que tome en cuenta los fundamentos jurídicos de dicha sentencia respecto a la indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios material e inmaterial por vulneración de derechos fundamentales dentro del plazo de doce meses a partir de su notificación. Sin duda esta última determinación está destinada a garantizar y promover el principio de legalidad, de resguardar los derechos fundamentales y la reparación integral a las víctimas, además de que contribuya a que tanto los Órganos del Estado y sus dependientes asuman con mayor responsabilidad el ejercicio de sus funciones tal y como se expresa en la citada sentencia.

Cabe agregar que se ha acudido a diferentes instancias con la finalidad de corroborar que efectivamente no se haya promulgado una ley en línea con el objeto de investigación, en ese sentido tanto la Cámara de Diputados a través de su presidencia como de su oficialía mayor y la comisión de Constitución, legislación y sistema electoral, han confirmado la información. La Unidad de Análisis de Políticas Sociales y Económicas (UDAPE) se ha pronunciado en el mismo sentido.

También se ha acudido ante el Vicepresidente del Estado en su calidad de Presidente nato de la Asamblea Legislativa Plurinacional, quien a través de su Unidad de Coordinación, Desarrollo y Asesoramiento Legislativo, ha informado que: i) la actual administración no tiene registro sobre la notificación ante la Asamblea Legislativa Plurinacional del exhorto realizado a través de la SCP 990/2016-S2 de 7 de octubre; ii) que revisado el correo virtual implementado en la gestión 2020, tampoco registra notificación en dicho sentido; iii) que actualmente no se tiene en proyecto una ley referente a la responsabilidad extracontractual del Estado; iv) que en la presente gestión (2022) se ha elaborado una agenda de tratamiento de leyes emergentes de sentencias exhortativas emitidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional. En esa línea de ideas, la Unidad antes referida al haber tomado conocimiento sobre la SCP 990/2016-S2 a raíz de la consulta realizada ha informado que, la misma será puesta en conocimiento de las autoridades correspondientes y que el tratamiento de una ley con las características que se describe en la tantas veces referida sentencia, será agregada a la agenda de tratamiento de leyes pendientes.

CAPITULO IV

NECESIDAD DE UN MARCO NORMATIVO QUE REGULE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO EN BOLIVIA

4.1 Marco constitucional de la responsabilidad extracontractual del Estado en Bolivia

Como ha sido mencionado varias veces en el transcurso de la presente investigación, así como ha sido señalado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional, la responsabilidad extracontractual del Estado boliviano se encuentra integrada en la Constitución Política del Estado texto que en su artículo 113 dispone:

- I. La vulneración de los derechos concede a las víctimas el derecho a la indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna.
- II. En caso de que el Estado sea condenado a la reparación patrimonial de daños y perjuicios, deberá interponer la acción de repetición contra la autoridad o servidor público responsable de la acción u omisión que provocó el daño.

Esta constitucionalización de la responsabilidad extracontractual del Estado si bien responde a la protección de unos derechos fundamentales de los ciudadanos y correlativamente unos deberes de las autoridades públicas de proteger la vida, dignidad, honra y bienes de las personas, no ha nacido producto de la espontaneidad ni de la voluntad del constituyente ya que recordemos nuevamente que el artículo 34 de la anterior Constitución ya establecía una redacción con un espíritu similar a la del actual artículo 113, la diferencia radicaba en el derecho a la reparación que se le otorga a la víctima de manera expresa y la acción de repetición posterior, empero nada limitaba a que los tribunales tal como paso en España o Colombia por citar algunos, hayan empezado ya desde hace tiempo atrás a condenar al Estado por los daños que en el ejercicio de sus acciones se hubieran producido.

4.1.1 Aplicación directa de la Constitución

El artículo 109 constitucional es claro al señalar que los derechos reconocidos en nuestra norma suprema son de aplicación directa, es decir que un razonamiento como el esbozado en la sentencia 990/2016-S2 emitida por el Tribunal Constitucional Plurinacional mencionada en el capítulo anterior no tiene cabida bajo la luz constitucional, puesto que el artículo 109 precitado determina de manera expresa que las garantías jurisdiccionales deben

ser materializadas, sin que sea una excusa valedera la falta de legislación de desarrollo, siendo así que deberá prevalecer la eficacia máxima de los derechos y su directa justiciabilidad.

Conforme a lo señalado, los preceptos constitucionales y demás normativa vigente resulta lógico concluir que, si bien siempre es necesario un marco normativo para el reconocimiento, aplicación y vigencia de los derechos en torno a la seguridad jurídica; para el reconocimiento y aplicación de nuestro objeto de estudio los tribunales no requieren de una norma específica sin la cual estén habilitados a negarse a obrar en justicia, por el contrario es su deber el cimentar desde su lugar y conforme a sus atribuciones la responsabilidad del Estado en tanto el Órgano correspondiente emita la legislación de desarrollo ya que, si bien se hace necesaria una pronta estructuración, discusión y puesta en vigencia de una o varias normas en ese sentido, la administración de justicia no puede mostrarse pasiva ante tal escenario.

4.1.2 Preceptos constitucionales que configuran la responsabilidad extracontractual del Estado boliviano

La Constitución vigente desde 2009 está enmarcada dentro de la corriente del neoconstitucionalismo caracterizándose por ser un texto amplio con principios y valores rescatados de nuestros pueblos y antepasados en reconocimiento a nuestra diversidad, así también ha sido reconocida la plurinacionalidad en nuestro Estado por lo cual resulta imperativa la observancia del artículo 8 de nuestra norma superior en la cual se establece los principio y valores que se promueve dentro de nuestro territorio, siendo de esta manera resaltante a efectos de la presente investigación el *suma qamaña* que significa vivir bien, mismo que dentro de su amplia concepción señala vivir en hermandad, en complementariedad, en armonía, acepciones que resultarían resquebrajadas si se negase la responsabilidad del Estado puesto que dicha irresponsabilidad generaría un desequilibrio de unos con otros, lo que a su vez derivaría en un vivir mejor de unos respecto a otros. Dicho valor resultaría complementado a efectos de la responsabilidad del Estado por otros como el *ñandereko* (vida armoniosa) e *ivi maraei* (tierra sin mal).

El artículo 9 de la Constitución señala como fin y función del Estado, entre otros, el de garantizar la dignidad de las personas; por su parte, el preámbulo del mismo texto señala -entre otros- a la dignidad como base del Estado, en ese entendido cabe señalar que existen posiciones que sostienen que en un Estado constitucional social de derecho el cimiento sobre el cual se erige la responsabilidad estatal es el principio de dignidad humana, como no podía

ser de otra manera puesto que también se constituirá en fuente de todos los derechos fundamentales. La dignidad es concebida como una cualidad inherente al ser humano, se manifiesta a través de la autodeterminación y no puede ser perdida ni siquiera cuando una persona es condenada a una pena privativa de libertad, tal es su importancia que la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en su artículo 1 señala que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Su relevancia se hace presente incluso en los más importantes instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 en su preámbulo, la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura de 1984, la Convención sobre Derechos del Niño de 1989.

Resulta importante también señalar que el artículo 20 de la Constitución en su segundo párrafo señala que la provisión de servicios debe responder a diversos criterios, entre ellos la eficiencia y eficacia. La ley de procedimiento administrativo N° 2341 de 23 de abril de 2002 señala en su artículo 4 inciso j) que la actividad administrativa se rige por el principio de eficacia. Bajo este contexto habrá que considerar que la eficacia refiere que la administración pública debe lograr sus fines llegando a la eficiencia, es decir no simplemente debe buscar la consecución de la prestación del servicio sino que el mismo sea alcanzado con el menor coste económico y social, debiendo buscarse el lograr enlazar el concepto de eficiencia con la responsabilidad del Estado, extremo que idealmente debe ser alcanzado a la luz de la normativa vigente inclusive, ya que el Decreto Supremo N° 23318-A de 13 de noviembre de 1992, Reglamento de la responsabilidad por la función pública, indica en su artículo 3 párrafo primero que:

El servidor público tiene el deber de desempeñar sus funciones con eficacia, economía, eficiencia, transparencia y licitud. Su incumplimiento genera responsabilidades jurídicas.

De esta manera se puede apreciar que a través del Decreto Supremo antes citado se sigue la corriente de la eficacia y eficiencia como fundamento de la responsabilidad del Estado aunque probablemente de manera inconsciente por parte del Ejecutivo dado que el citado Decreto surge como reglamentación a la Ley N° 1178 en base al actuar de los servidores públicos, actos que deben ser imputados al propio Estado cuando nos referimos a su responsabilidad patrimonial y el daño antijurídico eventualmente ocasionado como ampliamente se ha señalado en el punto pertinente y si bien dicha disposición se encarga de regular solo la responsabilidad ya sea ejecutiva, administrativa, civil o penal del funcionario en cuestión y que, como claramente lo deja señalado el propio Decreto en su artículo 2, la terminología que adopta solo es aplicable a los efectos de ese reglamento, aun así es

innegable que lo dispuesto en el artículo 3 antes referido tiene un alcance aun mayor bajo los lineamientos y la visión de la Constitución Política del Estado boliviano de 2009.

En resumen un trabajo eficiente por parte de la administración logrará obtener los resultados esperados con la menor cantidad de recursos posibles, siendo así que si los funcionarios no recogen dicho precepto como guía de su diario actuar en las labores que les son encomendadas podrían incurrir en daños a los ciudadanos, lo cual lejos de lograr la consecución de sus objetivos llevara a que el Estado deba erogar aún mayores recursos de los inicialmente presupuestados para sus actividades puesto que se verá obligado a cumplir con la reparación por los daños ocasionados.

Por su parte, el artículo 178 del texto Constitucional señala que la potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y que la misma se sustenta entre otros principios, en la equidad lo cual resulta importante en el establecimiento de la responsabilidad del Estado puesto que la doctrina ha anclado en la justicia y equidad el fundamento de dicha responsabilidad.

Lo referido se tiene de manera simplemente enunciativa puesto que al ser la Constitución un texto producido por una Asamblea Constituyente bajo una visión de país serán muchos los artículos y palabras las que en alguna medida puedan llegar a justificar el tema de investigación tales como solidaridad, legalidad, bien común, etc.

4.2 La responsabilidad de las entidades territoriales autónomas y el deber de legislar

La Constitución al no haber adoptado a la responsabilidad extracontractual del Estado de manera clara y sin ambages tampoco se ha referido al ámbito competencial de responsabilidad que recae sobre la estructura y organización territorial.

A partir de la Constitución de 2009 Bolivia ha respondido a las aspiraciones de gran parte de su población en el sentido de que debía ser implantado un sistema de mayor descentralización del poder incorporándose de tal manera las autonomías en sus distintos niveles.

Al respecto la Sentencia Constitucional Plurinacional 1714/2012 de 1 de octubre ha señalado que:

En efecto, según manda el art. 269.I de la CPE: “Bolivia se organiza territorialmente en departamentos, provincias, municipios y territorios indígena originario campesinos”, donde se instituyen entidades territoriales descentralizadas y autónomas, entre ellas, las

indígena originaria campesina, rompiendo así con el Estado Unitario centralizado, para establecer la distribución descentralizada del poder político en las llamadas entidades territoriales descentralizadas y autónomas, a través de la asignación de competencias, adoptando así un nuevo modelo de Estado compuesto que permita en mejor forma la edificación del nuevo Estado boliviano.

En esa línea de ideas, no sería lógico pretender que sea el gobierno central quien se haga responsable de los daños generados por las distintas entidades territoriales autónomas en el marco de las competencias que les han sido asignadas.

Ahora bien, la Constitución no hace referencia a la legislación en materia administrativa dentro de las competencias privativas del nivel central del Estado comprendidas en el artículo 298 párrafo I numeral 21 ni en las siguientes, por lo cual adoptando el criterio señalado en el artículo 297 párrafo II del mismo texto, se entenderá que debe ser el nivel central del Estado quien establezca el sistema de responsabilidad extracontractual a serle aplicable y las características que la definan, con el objetivo de tener una regulación uniforme en todo nuestro territorio, evitando una desigualdad de trato hacia los ciudadanos ante cualquier Administración de cualquiera sea el nivel autonómico con el que se encuentre en contacto. Asimismo, asumiendo que las distintas entidades territoriales autónomas gozan de sus propias competencias y sus márgenes de actuación, deberá delegárseles la competencia reglamentaria para que puedan legislar lo referente a las bases, límites y procedimientos a seguir para afrontar su responsabilidad, asimismo prever la partida presupuestaria al efecto, inclusive el conformar nuevos supuestos indemnizatorios, siempre en el marco de la regulación estatal.

4.3 Determinadas formas de responsabilidad patrimonial en los Órganos del Estado.

Si bien ha sido descrita la responsabilidad del Estado con todos los elementos que la componen, puede llegarse a presentar que sus Órganos, determinados sectores de la administración pública o aún las entidades territoriales autónomas, puedan incurrir en supuestos indemnizatorios de especial interés los cuales si bien se enmarcan en los métodos de imputación ya desarrollados merecen una especial mención y tratamiento por la importancia y relevancia que revisten.

4.3.1 Responsabilidad del Estado por error judicial

Gordillo (2013) señaló que la llamada responsabilidad judicial emerge por la ejecución de actos judiciales y no por su actividad administrativa ya que en este último caso se tendrá

responsabilidad de tipo administrativo y no judicial. Agrega también que la jurisprudencia argentina no ha aceptado que exista un derecho a indemnización, aunque constituciones y leyes provinciales si la contemplan. Por ultimo señala que existe uniformidad en la doctrina respecto a la aceptación de la responsabilidad judicial. (t. VIII.) (p. 540)

Cuando se trata el tema del error judicial como causal de imputación al Estado por el daño generado con el objetivo de conseguir una compensación, se entenderá que debe existir un daño emergente del error de los tribunales de justicia, siempre que se configure incuestionablemente.

Ahora bien, cabe resaltar que la doctrina jurídica ha tratado la cuestión de los casos difíciles, escenarios en los cuales el juzgador tiene varias disyuntivas a considerar para interpretar y aplicar la norma y que al observar una de sus opciones se presente una identificación acaso confusa de error judicial, el problema será menor en cuanto se trate de casos fáciles en los cuales la aplicación de la norma para la solución del conflicto es clara por lo cual la identificación del posible error será más evidente.

En base a lo señalado, podrá advertirse que la responsabilidad por error judicial dirige la atención inmediatamente hacia las sentencias dictadas en un proceso y que posteriormente en instancias de revisión las mismas sean anuladas, pero la responsabilidad por error judicial también se configurara por otro tipo de hechos, lo cual abre la discusión sobre cuál sería la terminología más apropiada, señalándose que resultaría más afortunado hablar de error jurisdiccional ya que este término comprendería solo los actos de las autoridades jurisdiccionales y de sus decisiones en el marco de sus funciones, en cambio se denominaría error judicial a cualquier otro acto no solo de jueces y autoridades investidas con jurisdicción sino de cualquier otro funcionario del Órgano Judicial.

El marco jurídico que regula el error judicial deviene ya desde el ámbito supraconstitucional, puesto que la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 10 establece que el derecho a indemnización conforme a ley corresponde a toda persona que haya sido condenada a través de sentencia firme por error judicial.

Por su parte, en la normativa interna puede observarse que la ley del Órgano Judicial Nº 025 de 24 de junio de 2010 establece en su artículo 128 cuyo *nomen iuris* señala: demora culpable en actuaciones judiciales, que se incurre en demora culpable por dictar resoluciones fuera de los plazos fijados al efecto, también el uso reiterado de providencias de sustanciación como traslado, vista fiscal, informe y otras fuera de los casos establecidos en las leyes

procesales bajo responsabilidad. Asimismo, el artículo 184 de la misma norma en su primer párrafo, refiere que tanto vocales, jueces y servidores de apoyo son responsables por el desempeño de sus funciones, con la aclaración contenida en el párrafo tercero del mismo artículo que el proceso disciplinario es independiente de las acciones civiles, penales u otras que pudieran iniciarse.

Es importante mencionar también que el artículo 8 de la ley N° 025 referida en el párrafo precedente, menciona que todas las autoridades, servidoras y servidores del Órgano Judicial son responsables de sus decisiones y actos, lo cual conllevaría a deducir que una eventual reclamación patrimonial por error judicial debiera recaer directamente en contra de la autoridad jurisdiccional o del personal de apoyo del Órgano Judicial, posición que debe ser descartada ya que la responsabilidad, por lo menos cuando se trata de su vertiente extracontractual producida por cualquiera de los órganos que compone al Estado recae en este último, así como lo tiene señalado la doctrina, jurisprudencia y legislación comparada.

El error en las autoridades jurisdiccionales está presente en todas partes del mundo y es sujeto de debates en el ámbito procesal, por lo cual se han constituido mecanismos de revisión de las decisiones judiciales con el fin de minimizar sus errores. Dichos mecanismos no darán por zanjado el debate puesto que habrá quienes señalen que no puede asegurarse que una sentencia en segunda instancia sea infalible ya que no siempre falla mejor quien falla último.

Aun conforme lo señalado, si con el error se ha provocado un daño antijurídico a la víctima, el mismo debe ser reparado ya que dicha decisión puede no solamente menoscabar el patrimonio de la persona sino también puede atentar contra otros de sus derechos disolviendo familias o inclusive llegar a privaciones de libertad.

Malem (2009) señala:

En mi opinión, para que exista un error judicial ha de haber, según el sistema jurídico de referencia, una o más respuestas correctas respecto de un caso. Y la decisión judicial calificada como errónea no ha de poder subsumirse en ninguna de esas posibles respuestas correctas. Estas dos condiciones parecen ser necesarias y suficientes. (p. 12)

Ahora bien, la citada conceptualización corresponde al error judicial en sentido amplio ya que un entendimiento del mismo en sentido restringido que se encuentre dirigido hacia la compensación patrimonial deberá analizar además otros extremos.

Malem (2009) apunta que según la jurisprudencia española para que un error judicial sea sujeto de indemnización deberá reunir las siguientes características:

- a. Ha de surgir de una decisión jurisdiccional, en cualquiera de sus formas. No puede circunscribirse, pues, únicamente a las sentencias.
- b. Los sujetos activos deben ser, en consecuencia, jueces y magistrados, sean titulares o suplentes, o personas que ejerzan sus funciones en virtud de las distintas relaciones de servicio con la Administración de Justicia.
- c. Los errores han de ser crasos, patentes y manifiestos. Así ocurre respecto de los enunciados fácticos de las decisiones judiciales. Estos errores deben mostrarse como indubitables frente a un simple examen empírico de las actuaciones judiciales. En el caso de los errores en materia de derecho, la decisión judicial ha de conducir a un resultado absurdo o ilógico. Esto supone que las decisiones judiciales simplemente desacertadas no pueden ser consideradas como casos de error judicial indemnizable. Ni la mera revocación o anulación de una resolución judicial implica por sí sola el derecho a indemnización.
- d. La responsabilidad indemnizatoria a la que da lugar el error judicial es puramente objetiva, no es necesario pues que el juez o magistrado haya actuado con dolo o culpa.
- e. Sí se requiere, en cambio, que la parte supuestamente afectada por un error judicial no se haya comportado de manera dolosa o culposa. Y tampoco daría lugar a una indemnización un caso de error judicial debido a fuerza mayor.
- f. Para que haya derecho a indemnización por causa de error judicial es necesario la acreditación de un daño efectivo, individualizable y económicamente evaluable y ha de haber una relación de causalidad entre el error judicial y el daño ocasionado.
- g. Finalmente, en España se exige que la declaración de error judicial la realice mediante sentencia el Tribunal Supremo y que se hubieran agotado previamente todos los recursos existentes para el supuesto damnificado. (p. 13-15)

La jurisprudencia colombiana refiere que cuando se trata la falla del administrador de justicia que implique la responsabilidad patrimonial del Estado debe realizarse un estudio desde una óptica funcional, es decir habrá que respetar el hecho de que al juez se le otorga autonomía y libertad para evaluar los hechos puestos a su conocimiento y por consiguiente la autonomía para aplicar las normas constitucionales o legales pertinentes a la resolución del conflicto, por lo cual no será relevante una simple equivocación o desacierto derivado de la libre interpretación jurídica realizado por el juez sino que para que exista un verdadero caso de error judicial, la actuación de la autoridad deberá ser subjetiva, caprichosa, arbitraria y flagrantemente violatoria del debido proceso constituyéndose en una vía de hecho. Por vía de hecho se entenderá aquel derivado de la actuación de la autoridad pública que carezca de fundamento objetivo y que obedezca a su sola voluntad y capricho siendo su consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales de las personas.

Aun teniendo en cuenta lo señalado en el párrafo precedente, la jurisprudencia de las altas Cortes de Colombia siempre puntualiza que para el establecimiento de la responsabilidad del Estado es suficiente con que exista un daño antijurídico y que el mismo sea imputable al actuar de una autoridad pública.

Dentro de la responsabilidad por error judicial pueden distinguirse dos títulos de imputación:

- Error judicial;
- Anormal funcionamiento de la administración de justicia.

Una discusión sobre el tema enfrentaba a quienes sostenían por una parte que el anormal funcionamiento de la administración de justicia era el género y el error judicial la especie; y por otra, a quienes sostenían la independencia entre ambas bajo el argumento de que el anormal funcionamiento implicaba infracción de las normas procesales y que el error judicial podía surgir aunque ellas sean observadas meticulosamente lo que conllevaría a tratar un posible funcionamiento normal de la administración de justicia. A efectos prácticos entenderemos que existe una diferencia entre ambas en los términos que serán señalados a continuación.

El error judicial será propiciado siempre por una autoridad jurisdicente, es decir jueces y magistrados, mediante las labores propias de su función en la resolución de casos, consecuentemente el resarcimiento quedara sujeto al daño que produzca la resolución judicial.

El anormal funcionamiento de la administración de justicia por su parte, referirá a actuaciones no emergentes de la potestad de administrar jurisdicción o de resoluciones judiciales, sino que provienen de actividades desarrolladas, con marcadas excepciones, por el personal no jurisdicente como ser: el colaborador o auxiliar en la administración de justicia, cuyas actuaciones no generan error judicial, pero si pueden generar un funcionamiento anormal.

Dentro de lo que significa el anormal funcionamiento de la administración de justicia merece señalar lo referido por el artículo 115 de la Constitución Política del Estado, cuyo contenido a diferencia de la Constitución española en la cual se establece que las personas tienen derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, nuestro constituyente ha sido aún más restrictivo inclusive disponiendo que el Estado debe garantizar una justicia sin dilaciones, por lo cual no interesaría que la misma sea debida o indebida. Las dilaciones llegan a afectar al litigante ocasionando un desgaste, mismo que se acrecentara si el mismo es indebido, sea por el carácter doloso o negligente de quien lo genere ya que en consecuencia lo que provoca en la población es un sentimiento de derrota por el solo hecho de ser parte dentro de un proceso.

El caso de la responsabilidad del Estado por error judicial reviste especial importancia puesto que como se ha mencionado se encuentra contemplada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos inclusive, en tal sentido aunque no exista una reglamentación específica sobre cómo debe ser tramitada es obligación del Estado hacer operativo el derecho de la víctima, un paso importante se ha dado sobre el particular a través de las Sentencias Constitucionales Plurinacionales emitidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional que ya han sido citadas oportunamente, como por ejemplo la Sentencia Constitucional Plurinacional 564/2014 de 10 de marzo.

4.3.2 Responsabilidad del Estado por acto legislativo

Ante este tipo de responsabilidad ha habido sendos argumentos en contrario, no sin menor peso, entre los cuales se encuentra que no se puede limitar las facultades del pueblo a autorregularse, la inviolabilidad del voto del congresista, el control de constitucionalidad sobre dichos instrumentos normativos, llegando a argumentarse que un posible establecimiento de responsabilidad por actividad legislativa llevaría a la petrificación de la legislación en contra de las necesidades cambiantes de la sociedad.

El estudio del presente punto no puede obviar los antecedentes que lo generan, así las legislaciones italiana y francesa serán las de mayor relevancia por el desarrollo demostrado, tomando como referencia a esta última.

Francia en primer lugar, resolvió por la irresponsabilidad del Estado ante actos legislativos puesto que, mediante ley de 12 de febrero de 1835, con el fin de asegurar la rentabilidad del monopolio tabacalero del que gozaba prohibió la fabricación y venta de sus sucedáneos lo que generó el cierre de varias fábricas, entre las que se encontraba una del señor M. Duchatellier quien ante dicho escenario solicitó que se le indemnizara por los perjuicios que le ocasionaba la citada ley. El *Conseil d'Etat* a través del *arret* de 11 de enero de 1838 que a la fecha se conoce comúnmente con el nombre de *arret Duchatellier*, bajo el argumento de que el Estado no es responsable por las consecuencias que pueda originar una ley, que el reclamante no había demostrado contrato suscrito con el Estado que sustente su reclamación y que la propia ley que originó el reclamo no disponía indemnización para los individuos que se dedicaran a la fabricación de los sucedáneos de tabaco, el señor Duchatellier no podía reclamar indemnización alguna, razonamiento que se mantendría en posteriores fallos.

Es poco conocido el *arret Societe Ammanfirmery* de 16 de marzo de 1934 el cual de manera puramente hipotética y sin que el razonamiento esgrimido sirviera para la resolución del caso, señaló que la ejecución de una ley solo en casos puntuales podría generar indemnización para los perjudicados.

Una ley de 29 de junio de 1934 prohibiría la fabricación y venta de cremas sustitutivas de la leche ocasionando el cierre de una empresa que reclamaría una indemnización por el perjuicio, razón por la cual el *Conseil d'Etat* dictó el 14 de enero de 1938, el comúnmente conocido *arret La Fleurette*, en razón a la denominación de la sociedad demandante, en dicha ocasión se sostuvo que: la ley había hecho cesar la fabricación del producto denominado *gradine* ocasionando el cierre de la empresa, que nada hace pensar que haya sido intención del legislador el hacer soportar al interesado una carga que no le corresponde, que la carga impuesta debe ser soportada por la colectividad. Con este último fallo se dejó establecido que la presunción de que la ley excluye una indemnización es *iuris tantum* y que dicha no inclusión debía ser interpretada en favor del demandante.

Existen voces que basan, como ya se había señalado, que no puede existir una responsabilidad por actos legislativos en base a la inviolabilidad de la que gozan los

asambleístas, disposición que se encuentra contenida en nuestra Constitución Política del Estado en su artículo 151, adicionando que si el constituyente hubiese querido dicho extremo lo hubiera expresamente incorporado en la Constitución. Ante dicha posición, cabe señalar que la Constitución está compuesta por varios principios rectores que guían los destinos del Estado, asimismo no sería posible la concepción de un Estado de Derecho en el que puedan ser causados daños por cualquiera de sus agentes sin que haya alguien que responda por ellos y por ultimo así como el Tribunal Constitucional Plurinacional ha reconocido la existencia de la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial aun sin que la misma se halle comprendida expresamente en la Constitución, no existiría óbice para que los daños causados por actos legislativos no tengan un tratamiento y desarrollo similar, siempre en observancia del artículo 113 de la norma superior.

España ha avanzado en el tratamiento de la responsabilidad del Estado por actos legislativos, no solo en base a la jurisprudencia sino también de su legislación. Garrido (1989) sobre los aspectos a considerar expresa los siguientes:

...a) toda carga o sacrificio impuesto por ley no declarada inconstitucional ha de ser soportado por el administrado, quien, no obstante, podrá reclamar indemnización cuando dicha carga sea expropiatoria (art. 33.3 CE); b) toda ley declarada inconstitucional genera un derecho a indemnización a favor de quienes hayan sido perjudicados por la aplicación de la dicha ley. (p. 52)

Por su parte, Garcia (1988) citado por Mejia y Navarro (2017) sobre los supuestos de la responsabilidad del Estado por acto legislativo señala:

a) que la ley prevea la indemnización; García de Enterría, curiosamente y a pesar que sostiene teorías promotoras de reducciones de las inmunidades del poder, sostiene que una ley debe sustraerse a la eventualidad de producir daños, ya que el legislador, como creador de las reglas que rigen el comportamiento, es susceptible de crear normas que cambien un *statu quo* y eso hace parte de su función creadora.

b) que la ley no previendo la indemnización, no la excluya radicalmente;

c) que la ley excluya la posibilidad de indemnización expresamente.

Por otra parte, la doctrina menciona que el Estado puede ser responsable por omisión legislativa.

Sagüez (2001) señala que no todas las reglas constitucionales tienen idéntico vigor formal, a tal efecto pueden distinguirse: a) las cláusulas declarativas; b) las cláusulas programáticas (de cumplimiento discrecional o de cumplimiento obligatorio para el legislador); y, c) las cláusulas operativas (permisivas, preceptivas y prohibitivas). (p. 261)

La omisión legislativa se limita a aquellas disposiciones constitucionales que ordenan que determinado tema sea regulado por el legislador, constituyéndose en un problema si es que el mismo constituyente no determino un plazo para tal desarrollo y lo deja al libre arbitrio, casos en los cuales será difícil establecer responsabilidad por omisión legislativa a no ser que se demuestre que dicha omisión causará graves perjuicios y de difícil reparación a la víctima.

Ahora bien, para determinar el grado de omisión se acude a los conceptos de omisión legislativa absoluta y omisión legislativa relativa.

Wessel (1952) citado por Díaz (2001) señala:

Las primeras se producen cuando falta toda disposición legislativa que desarrolle o dé cumplimiento al precepto constitucional, creando así una situación contraria a la norma fundamental; las omisiones relativas, cuando existe una actuación del legislador -una ley- pero la misma es parcial, incompleta o defectuosa desde el punto de vista constitucional. Las omisiones absolutas se corresponden con los silencios del legislador, que generan situaciones contrarias a la Constitución; las omisiones relativas son silencios de la ley, que provocan la misma situación inconstitucional.

Entonces, tomando en cuenta que el legislador juega un papel fundamental en el desarrollo de instituciones y decisiones, la responsabilidad por omisión legislativa surgirá cuando a través de un control de constitucionalidad se observe que la disposición normativa en análisis no se ajusta al derecho constitucional para la cual fue elaborada, extremo que permitirá a la autoridad competente declarar la responsabilidad del Estado por omisión legislativa, siempre y cuando haya evidencia de que dicha omisión causa un perjuicio al particular, ordenando reparación por aquellos derechos que se dejaron de disfrutar o por aquellos que no se han llegado a ejercer debido a la ausencia de desarrollo legislativo.

En conclusión, tomando en cuenta que nuestro país se encuentra recién en camino al reconocimiento pleno de la responsabilidad extracontractual del Estado, resultaría tal vez una obviedad mencionar que la responsabilidad por actos legislativos aún no ha sido siquiera mencionada por la jurisprudencia lo cual no es indicador de que deba ser rechazada por la

misma, puesto que el tan mencionado artículo 113 de la Constitución no realiza una discriminación o salvedad sobre quien podría ser el autor de una vulneración de derechos para que se otorgue una indemnización, reparación o resarcimiento a la víctima, por lo cual de darse el caso las instancias pertinentes deberán analizarla y resolver conforme a los lineamientos de la Constitución, puesto que el hecho de que el daño sea ocasionado por parte de tal o cual Órgano del Estado no debiera convertirse en un elemento para justificar una supuesta irresponsabilidad, avance que en sus primeros pasos se estima serán dados jurisprudencialmente de manera muy precavida reconociendo en primer lugar la responsabilidad del Estado por actos legislativos y posteriormente delimitando los supuestos indemnizatorios con la finalidad de que los reclamos no se acrecienten de manera desmesurada e infundada inclusive.

4.3.3 Responsabilidad del Estado por la Administración sanitaria

Ingresar al análisis de un tema sobre el cual el jurista no es especialista como es la medicina conlleva dificultades puesto que dichos conocimientos pertenecen de una rama distinta de la ciencia.

Aun conforme a lo mencionado y en el entendido de que nadie puede estar al margen de la norma, por tanto, si un actuar médico resulta dañoso para una persona es necesario que la víctima cuente con los mecanismos necesarios para el diligenciamiento de su reclamo, más aún si se trata de mala práctica.

Ruiz (2004) señala:

Con respecto a la mala práctica médica, esta se podría definir como una situación de impericia, negligencia o indolencia profesional, donde el galeno produce un resultado que no previó, que no anticipó y que sin embargo era anticipable, representable y objetivamente previsible. Y donde la imprudencia grave es entendida como la omisión de todas las precauciones exigibles que debieron adoptarse en el suceso o evento de que se trate, o al menos de las más elementales o rudimentarias y es sancionada a título de delito. (p. 200)

Puede decirse que la responsabilidad extracontractual del Estado por la administración sanitaria está dirigida al resarcimiento por los daños ocasionados a un paciente dentro del sistema de salud dependiente del Estado puesto que se tiene la existencia de centros

sanitarios a cargo de éste, correspondiendo -reitero- que los daños ocasionados le sean imputados al propio Estado con la finalidad de su reparación.

Para determinar una posible responsabilidad por actuaciones médicas y dado que el profesional abogado es *lego* en la ciencia médica, en primer lugar y como requisito indispensable incluso de aporte como prueba, deberá contarse con el historial médico del paciente a través del cual y tras el análisis realizado con un profesional médico se determinará una posible responsabilidad, tarea no siempre fácil puesto que se ha visto que entre los galenos existe una mentalidad de cuerpo por la cual no llegan a reconocer los errores cometidos por sus pares.

Cabe puntualizar que la responsabilidad de un médico no es de resultado sino de medio por lo cual al galeno no se le exigirá la garantía de determinado resultado, pero sí que brinde todos sus conocimientos y diligencia en procura de la salud del paciente. La exigencia no será igual por ejemplo en el caso de cirugías estéticas en las cuales no se busca la curación sino el brindarle un mayor bienestar al individuo, sea por vanidad o por razones psicológicas, inclusive en base a la búsqueda de apariencia siempre perfecta ante los demás, intervención en las cuales el médico se compromete a determinado resultado, sin dejar de lado que en una intervención quirúrgica siempre se tendrá algún margen de riesgo.

Si nos referimos al daño como elemento para la determinación de la responsabilidad por la administración sanitaria, no solo deberá entenderse que el mismo sea un resultado por el cual se tenga el fin de la vida de la persona, sino también la responsabilidad surgirá por daños que tenga como desenlace lesiones de tipo corporal e inclusive moral que generalmente son producidos por la inobservancia de la *Lex Artis* o por una no oportuna atención a los pacientes. La *Lex Artis* es entendida como el conjunto de reglas y procedimientos establecidos para el ejercicio y estudio de la medicina, por la cual también se busca que no se proceda de forma temeraria o negligente.

Así también, la atención oportuna se constituye en un factor importante del derecho a la salud pues si no se la cumple se le impone al ciudadano una carga que no tiene el deber de soportar, que inclusive conllevaría al padecimiento de otros males o el agravamiento de los existentes, por tanto, debe serle también imputable al Estado la responsabilidad por la no prestación de un servicio médico en forma eficiente y oportuno.

Uno de los puntos de actualidad dentro de la responsabilidad por la administración sanitaria es el referido a si corresponde indemnización por la falta de información y

consentimiento, aunque la administración sanitaria hubiera actuado de forma correcta. La respuesta será afirmativa, aunque deberá realizarse una salvedad en aquellos casos en que la falta de consentimiento se hubiera producido en una situación de emergencia, misma que hubiese requerido una intervención médica necesaria en observancia del grave riesgo que corría la vida o salud del paciente.

Siguiendo con lo anterior, Bolivia ha enfrentado una demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuya caratula señalaba como partes: I.V. vs. Bolivia, cuyos hechos, en resumen, consistían en que la demandante había sido sometida a una ligadura de trompas de Falopio cuando se encontraba bajo anestesia epidural, procedimiento por el cual se consiguió una esterilización que no había sido sometido a una consulta previa, libre e informada con la paciente. La Corte estableció que el consentimiento informado del paciente es requisito *sine qua non* para la práctica médica puesto que el galeno también actúa bajo sus propias convicciones, por lo cual algunas de sus actuaciones podrían entrar en contradicción con los planes de vida del paciente.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de la sentencia del caso I.V. vs. Bolivia de 30 de noviembre de 2016, dejó establecido que:

...consiste en una decisión previa de aceptar o someterse a un acto médico en sentido amplio, obtenida de manera libre, es decir sin amenazas ni coerción, inducción o alicientes impropios, manifestada con posterioridad a la obtención de información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible, siempre que esta información haya sido realmente comprendida, lo que permitirá el consentimiento pleno del individuo. (p. 50)

En resumen, dicho consentimiento deberá ser previo, libre, pleno e informado siendo la base de la autonomía y dignidad de la persona, lo cual constituye el límite al actuar del médico, por lo cual el que no se lo garantice conlleva a la responsabilidad del Estado.

Como ha sido adelantado, la responsabilidad derivada de la administración sanitaria conllevará a la imputación al Estado por falla del servicio y dentro de esta como falla presunta, reiterando que para la probanza convendrá seguir la teoría de la carga dinámica de la prueba es decir que los hechos deben ser probados por quien se encuentre en mejor posición de realizarlo, aunque si nos acogemos a la teoría de la falla presunta sería el profesional en salud quien deba probar su diligencia y cuidado en consideración a los conocimientos técnico

científicos de la que es poseedor, llegando así a encontrarnos en el escenario en que debe ser aplicada la inversión de la carga de la prueba.

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y BIBLIOGRAFIA

5.1 Conclusiones

El establecimiento de la responsabilidad del Estado de por si generó una resistencia en su aceptación aun después de superado el Estado absolutista, ha podido evidenciarse que nuestro país no ha sido la excepción ya que, si bien en la historia se han dado señales tímidas, ambiguas y no específicas respecto a su reconocimiento, no es sino hasta la actual Constitución que se puede empezar a estructurar normativa y jurisprudencia en torno a la responsabilidad extracontractual del Estado, en ese sentido ha sido demostrado que los alcances del art. 113 constitucional principalmente, justifican el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado, posición que ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional Plurinacional.

Asimismo, al haberse señalado varias teorías que sostienen la validez del instituto en investigación mismo que no se fundamenta en teorías del derecho privado como la teoría de la representación o la teoría organicista, sino en teorías de derecho público de entre las cuales consideramos que la más pertinente es la tesis de igualdad ante las cargas públicas; y, al haberse complementado con los criterios de imputación, causales de exoneración, procedimiento actual y elementos que deben incorporarse a un procedimiento específico, han sido identificados los elementos base a ser observados por el legislador en el diseño normativo que permitirá al ciudadano el acceso a una justicia material, si bien actualmente no inexistente del todo, sí de difícil aplicación y confusa en su tratamiento, por tanto, de poco uso en la práctica forense.

Si bien, el objetivo general de la presente investigación fue propuesto con la intención de que el legislador boliviano proyecte una ley de desarrollo sobre la responsabilidad extracontractual del Estado conforme se encuentra reconocida en la Constitución en su artículo 113, también ha sido expuesto que por disposición del mismo instrumento normativo sus mandatos son de aplicación directa, esto aunado al hecho de que tal responsabilidad constituye uno de los pilares de un Estado que se denomine propiamente de Derecho, por lo que no debe ser requisito *sine qua non* su reconocimiento a través de una ley ya que la teoría actual de Derecho contemporáneo sostiene que la responsabilidad del Estado nace de los principios y

garantías con jerarquía constitucional, entonces una ley o la falta de ella no debiera ser una excusa para que actualmente el Estado siga actuando como un ente irresponsable, quedando de lado argumentos como los del propio Tribunal Constitucional Plurinacional en el sentido de que no fuera posible condenar al Estado aun cuando el daño haya sido probado, debiendo quedar ello simplemente como un caso más de estudio, por lo cual, así como sucede en Colombia cuyos tribunales han dado avances importantísimos en lo que se refiere a la responsabilidad del Estado antes y posterior al nacimiento del artículo 90 de su Constitución, el trabajo de nuestros más altos tribunales de justicia juega un papel protagónico para que, en estricto cumplimiento de la norma suprema, comiencen a estructurar la línea jurisprudencial que guiará los supuestos de reparación en casos de responsabilidad extracontractual ya que ha podido ser evidenciado que aun con la exhortación realizada por el Tribunal Constitucional Plurinacional dirigida a la Asamblea Legislativa Plurinacional para que en el plazo de doce meses, emita una norma legal de desarrollo del mencionado artículo 113 constitucional, hasta la fecha no se cuenta con una norma en tal sentido.

Por otra parte, han sido analizadas las diferentes vertientes teóricas que sostienen la responsabilidad del Estado, por lo cual su reconocimiento no admite objeción en sentido contrario. Conjuntamente, se ha avanzado en el análisis y exposición de teorías que responden a la atribución de los daños directamente al Estado y a su vez como éste puede invocar causales eximentes de responsabilidad en su defensa, todo ello en base a teoría y tratadistas provenientes del ámbito administrativo.

Realizado el análisis de los precedentes y jurisprudencia emitidos tanto por el Tribunal Constitucional Plurinacional como el Tribunal Supremo de Justicia, se ha evidenciado que no existe un criterio uniforme en cuanto a las competencias en casos de responsabilidad extracontractual del Estado, puesto que el primero ha sentenciado que le corresponde dilucidar dichos casos a través del proceso Contencioso Administrativo, pero por otra parte el Tribunal Constitucional Plurinacional cuando le ha tocado conocer acciones tutelares por casos que corresponden al tema en estudio, ha concedido la tutela y ha determinado responsabilidad condenando al Estado a la reparación; por lo cual, conforme nuestra sociedad adquiera conciencia de que el Estado debe responder por los daños antijurídicos que ocasiona y en tanto no se cuente con una norma específica, se concluye que entre ambos Tribunales deberán delimitar sus competencias conforme a las atribuciones que les otorga la Constitución.

Al observar la legislación y jurisprudencia de países en los cuales desde hace tiempo ha sido reconocida la responsabilidad del Estado, se ha podido recopilar las experiencias y

avances, o como en el caso mexicano la prudencia con que se trata al instituto en estudio, lo cual servirá sin duda tanto al legislador como a los tribunales en el camino que se vaya a tomar a futuro, concluyéndose así que, si bien las experiencias evidenciadas son de gran valía y cumplen con el objetivo con el que han sido propuestos quedan limitados por el objetivo mismo de la investigación por lo que, siguientes estudios independientes y enfocados en la casuística por ejemplo, podrán ampliar aún más en este campo.

A podido identificarse que la responsabilidad extracontractual del Estado surge en primer lugar desde la Constitución, del tan mencionado artículo 113, asimismo se ha logrado concatenarlo con otros principios establecidos en el mismo texto, por lo cual, se concluye que cualquier desacuerdo que pueda tenerse al amplio reconocimiento del instituto en estudio se torna en inviable no quedando más que su observancia por parte del legislador que deberá tomarla como referencia en la obligación que actualmente le recae para el desarrollo infraconstitucional al cual el Tribunal Constitucional Plurinacional le ha exhortado.

Si bien en un principio, la investigación se había planteado con el objeto de justificar la responsabilidad del Estado para su posterior desarrollo normativo, se ha logrado evidenciar que en nuestro medio el interés que genera es cada vez mayor. Ya desde hace años académicos, juristas y sociedad civil han impulsado a través de producción intelectual, su difusión y la necesidad de su desarrollo, en esa línea es usual que, actualmente las Universidades en cursos de posgrado relacionados al derecho público incorporen una asignatura dedicada especialmente al tema en investigación. Aun con dichos antecedentes debe ser reconocido que, en los escasos procesos que se tramita ante las autoridades jurisdiccionales (nos referimos a jueces en materia Civil) éstos llegan a tramitarla sin oposición dentro de los alcances del Código Civil, por tanto se concluye que los conocimientos alcanzados deben ser aplicados tanto por el legislador en el mediano plazo, como por el administrador de justicia en el corto plazo empero de una manera adecuada y por las vías que actualmente la ley habilita, puesto que el Estado no puede seguir actuando con aparente impunidad en ocasión de los daños que le son atribuibles, lo cual también contribuirá a delimitar el actuar arbitrario del mismo y de sus funcionarios.

A sido ampliamente analizado y sustentado que el Estado debe responder por los daños que ocasiona, por lo cual se ha dado énfasis tanto a la responsabilidad basada en la falla del servicio así como la objetiva, tomando en cuenta que modernamente la responsabilidad extracontractual no debe centrar su atención en la culpa del funcionario sino que debe encontrarse estructurada sobre la noción del daño antijurídico según el cual una persona debe

ser compensada por los daños que se le ocasiona y que no tiene el deber legal de soportarlos, en ese entendido el abanico de supuestos por los cuales el Estado es responsable es extenso, lo cual no debe significar un crecimiento geométrico de casos cuya pretensión sea la reparación del daño como si se tratase de una forma de lucro con los procesos judiciales a costa del Estado, ya que dicha reparación no debe alcanzar al enriquecimiento de la víctima puesto que no es esa su finalidad, sino el de restablecer en lo posible las cosas al estado anterior a la vulneración ocasionada, en ese entendido se concluye que los tribunales de justicia deberán ser muy cuidadosos a la hora de delimitar mediante sus decisiones el instituto señalado puesto que una mala implementación podría generar un grave daño al erario público tal como indican las voces de preocupación en España sobre la responsabilidad objetiva global de las administraciones, esto no en el sentido de que deban restringirse tales o cuales componentes de la reparación integral o que haya que imponerse un monto máximo a la indemnización dado que éste debe estar en correspondencia al daño ocasionado, sino que, como se dijo, deberá apelarse a la cabal comprensión del instituto por parte de las autoridades jurisdiccionales mismas que a través de sus fallos deben delimitar cuales son los motivos por los que se establece determinado monto indemnizatorio sin que éste quede al libre arbitrio en siguientes casos, una de las preocupaciones centrales sin duda se enfocara en la reparación del daño moral no solo por la dificultad que encierra el determinar su acaecimiento, sino la determinación del *quantum* indemnizatorio.

La parte final de la presente investigación se ha centrado en daños específicos atribuibles al Estado, empero por la visión inicial y ya que dicho desarrollo no era uno de los objetivos de la investigación se espera que la presente forme parte de futuras en la misma línea centradas en la casuística, es decir que dichos trabajos puedan desarrollar casos que son atribuidos a la responsabilidad del Estado y que merecen un análisis amplio y digno de una propia tesis de investigación, a modo de ejemplificación se puede citar los siguientes: responsabilidad extracontractual por bienes del patrimonio histórico, por actos terroristas, por actos administrativos, por actividad electoral, por actividad urbanística, por actividad minera e hidrocarburífera, vulneración a bienes y derechos constitucional y convencionalmente protegidos, etc.

5.2 Bibliografía.

- Abalos, M.G. (1996). *Responsabilidad del Estado*. En I. Farrando, & P. Martínez (Dir.), *Manual de Derecho Administrativo* (pp. 545-574). Depalma.
- Asamblea General de las Naciones Unidas (2005, 16 de diciembre). Resolución 60/147. *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-and-guidelines-right-remedy-and-reparation>
- Bustamante, J. (1997). *Teoría General de la responsabilidad Civil* (9.ª ed.). Abeledo Perrot.
- Bustamante, J.G. (2018). *Responsabilidad extracontractual del estado boliviano en el Caso Lamia. Un breve análisis jurídico*. En E. Llamas (Coord.) *Congreso internacional de derecho Civil octavo centenario de la Universidad de Salamanca*. (pp. 449-460). Tirant lo Blanch.
- Capitant, H. (1995). *Vocabulario jurídico* (1.ª ed.). Temis.
- Castro Estrada, A. (2007). *La responsabilidad patrimonial del Estado en México. Fundamento constitucional y legislativo*. En Damsky, I., Lopez, M., & Rodríguez L. (Coords.), *Estudios sobre la responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México* (pp. 533-564). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, (2004, 14 de diciembre). *Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado*. Diario Oficial de la Federación, https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFRPE_200521.pdf
- Consejo de Estado de Colombia, Sentencia. (2005, 24 de febrero). Expediente 85001-23-31-000-1993-00074-01(14170) (Saavedra Becerra, R.). <https://vlex.com.co/vid/-52527848>
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia (1896, 2 de noviembre). Gaceta Judicial, No. 565 (Isaza, L.M.).
- Correa, C. (2014). *Artículo 63. Reparaciones y medidas provisionales*. En C. Steiner & P. Uribe (Coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada* (pp. 817-888). Fundación Konrad Adenauer.

- Fernandez, T.-R. (2021) *Sobre la discutida naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración*. *Revista de Administración Pública*, 216, 169-186. <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/39572rap2166fernandez.pdf>
- García de Enterría, E. (1956). *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa* (1.ª ed.). Instituto de estudios políticos.
- García de Enterría, E. (1991). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (3.ª ed.). Civitas SA.
- Garrido, F. (1989). *Sobre la responsabilidad del Estado legislador*. *Revista de Administración Pública*, 118, 35-56. <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/236151989118035.pdf>
- Gómez-Robledo, A. (2008). *Derecho internacional. Temas selectos*. (5.ª ed.). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Gordillo, A. (2017). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas: parte general*. (1.ª ed., vol. 8). Fundación de Derecho Administrativo
- Henao, J.C. (1998). *El daño* (1.ª ed.). Universidad Externado de Colombia.
- Henao, J.C. (2000). *La responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia*. En *La responsabilidad patrimonial del Estado*. (pp.105-146). Instituto Nacional de Administración Pública.
- Henao, J.C. (2015). *Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado*. *Revista de derecho privado*, 28, 277-366. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4133/4477>
- López, J.I. (2018). *Las chispas desprendidas de un brasero deficiente. Una breve historia de la responsabilidad extracontractual del estado en el derecho argentino*. *Revista Derechos en Acción*, 3(8), 33-53. <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/download/6036/4875/>
- Malagón, M.A. (2006). *La ciencia de la Policía: una introducción histórica al Derecho Administrativo colombiano*. [Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid] Repositorio institucional de la Universidad Complutense de Madrid. <https://eprints.ucm.es/id/eprint/7426/1/T29508.pdf>

- Malem, J.F. (2008). *El error judicial y la formación de los jueces* (1.ª ed.). Gedisa.
- Malem, J.F., Ezquiaga, F.J. & Andrés, P. (2009). *El error judicial. La formación de los jueces*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo
- Marienhoff, M.S. (1995). *Tratado de Derecho Administrativo*. (5.ª ed., vol. 4). Abeledo Perrot
- Martinez, P.R. (1996). *Limitaciones a la propiedad*. En I. Farrando, & P. Martinez (Dirs.), *Manual de Derecho Administrativo* (pp. 509-544). Depalma
- Mayer, O. (1982) *Derecho administrativo alemán. Parte especial*. (5.ª ed., vol. 4). (H. Heredia & E. Krotoschin, trad.). Depalma
- Mejía, J. & Navarro, J. (2017). *Presupuestos configurativos de responsabilidad del Estado legislador*. *Justicia*, 32. 64-78. <https://doi.org/10.17081/just.23.32.2905>
- Mir Puigpelat, O. (2002). *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema* (1.ª ed.). Civitas SA.
- Morales, C. (1992). *Código Civil concordado y anotado* (4.ª ed.). Gisbert y Cia SA.
- Naciones Unidas. Consejo de seguridad (2004, 3 de agosto). *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*. Naciones Unidas. <https://undocs.org/es/S/2004/616>
- Pérez, M. & Sánchez, M. (Coords.) (2015). *Manual sobre responsabilidad patrimonial de la administración pública*. Instituto Andaluz de Administración Pública.
- Ruiz, W. (2004). *La responsabilidad médica en Colombia*. *Criterio Jurídico*, 4, 195-216.
- Ruiz, W. (2013). *Responsabilidad del Estado y sus regímenes* (2.ª ed.). Ecoe
- Sáenz, J.I. (2007). *Responsabilidad del Estado por su intervención en la economía. Principios aplicables en la República Argentina*. En Damsky, I., Lopez, M., & Rodriguez L. (Coords.), *Estudios sobre la responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México* (pp. 189-228). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Sagüez, N.P. (2001). *Teoría de la Constitución*. (1.ª ed.). Astrea
- San Miguel, E. (2013). *La responsabilidad del Estado en la legislación boliviana*. Weinberg S.R.L.

- Santofimio, J.O (2013). *La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática*. En A. Brewer & J. Santofimio, *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*. (pp. 131-338). Universidad de Externado Colombia
- Sotomayor, L.O. (2016). *La protección de los derechos mediante el proceso contencioso administrativo en Bolivia*. [Tesis Doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar] Repositorio institucional de la Universidad Andina Simón Bolívar. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5500/1/TD083-DDE-Sotomayo-La%20proteccion.pdf>
- Tribunal Constitucional, Sentencia Constitucional. (2004, 6 de septiembre). Sentencia Constitucional 1421/2004-R (Rivera Santivañez, J.A.)
- Tribunal Constitucional, Sentencia Constitucional. (2012, 2 de mayo). Sentencia Constitucional 0121/2012 (Velásquez Castaños, L.M.).
- Tribunal Constitucional, Sentencia Constitucional. (2013, 13 de noviembre). Sentencia Constitucional 2027/2013 (Cusi Mamani, G.C.).
- Tribunal Constitucional, Sentencia Constitucional. (2014, 10 de marzo). Sentencia Constitucional 0564/2014 (Velasquez Castaños, L.M.).
- Tribunal Constitucional, Sentencia Constitucional. (2015, 10 de junio). Sentencia Constitucional 0565/2015-S3 (Andrade Martinez N.V.).
- Tribunal Constitucional, Sentencia Constitucional. (2016, 7 de octubre). Sentencia Constitucional 0990/2016-S2 (Bacarreza Morales, Z.H.).
- Tribunal Supremo de Justicia, Auto Supremo. (2007, 5 de enero). Auto Supremo 001/2007 (Ortiz Linares, J.). blob:<https://jurisprudencia.tsj.bo/23e04c5c-7a01-46b7-8d4e-22e0c8959fa0>
- Tribunal Supremo de Justicia, Auto Supremo. (2016, 12 de mayo). Auto Supremo 480/2016 (Nava Duran R.S.) blob:<https://jurisprudencia.tsj.bo/03f4d597-5988-4ccf-ad69-7943e9228fde>
- Tribunal Supremo de Justicia, Auto Supremo. (2016, 28 de junio). Auto Supremo 731/2016. (Nava Duran R.S.). blob:<https://jurisprudencia.tsj.bo/d23f1708-4ee9-405f-9509-0951a9cdb744>

Villabella, C.M. (2015). *Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones*. En W. Godinez y J. Garcia (Coord.), *Metodologías: enseñanza e investigación jurídicas*. (pp.921-953). Universidad Nacional Autónoma de México.

Villaruel, W.J. (2013). *La responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado. Bases reflexivas para su estudio y aplicación en Bolivia. Estudio en homenaje al XV Aniversario de la Universidad Salesiana en Bolivia*. s/n. 1-30