
LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

EL DAÑO ANTIJURÍDICO

LAS ACTIVIDADES PELIGROSAS

EL DAÑO ESPECIAL, EL RIESGO EXCEPCIONAL Y LA FALLA DEL SERVICIO

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTOS DE TERRORISMO

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR COVID 19

LA PRUEBA DE LA CULPA O FALLA DEL SERVICIO EN MATERIA MÉDICA

3ª ed. Revisada y notoriamente aumentada 2023

I.S.B.N 978-628-7647-02-2

I.S.B.N Digital 978-628-7647-03-9

© Javier Tamayo Jaramillo - 2023

© Universidad Santiago de Cali - 2023
editor@usc.edu.co

© Editorial Diké S.A.S. - 2023
www.editorialdike.com

Editorial Diké S.A.S.

Cel.: 301 242 7399 - e-mail: dikesascomercial@gmail.com
Medellín - Colombia

Bogotá D.C. Librería

Calle 23 sur # 27- 41 Barrio Santander
Cel.: 301 242 7399 - e-mail: dikesasgerencia@gmail.com

San José de Costa Rica

Teléfono: 83 02 10 54 - Telefax: 22 14 25 23
e-mail: jadguzman@yahoo.com
editorialdike@hotmail.com

Caracas-Venezuela

Av. Urdaneta, esq. Ibarra, edf. Pasaje la Seguridad, P.B. Local 19, Caracas 1010 /
info@paredes.com.ve / Tels.: 58 (212) 564-15-05 / 563-55-90/06-04
RIF: J-30797099-5

Panamá

Calle Parita, Bulevar Ancón, Casa 503, Corregimiento de Ancón, Ciudad
de Panamá. Tel.: 50767814196 / borisbarrios@lawyer.com

Diseño y diagramación

Lucio F. Chunga Cheng
e-mail: dikesas.diagramacion@gmail.com

Diseño de portada

Melissa Herrera Holguín cel: 313 656 9734
email: angiemelissaherreraholguin@gmail.com

La Responsabilidad del Estado 3ra edición impresa en junio del 2023

La impresión de esta obra se terminó en los talleres de Xpress Estudio Gráfico Y
Digital S.A.S. Dirección: Carrera 69H No. 77-40 CP: 111061 Bogotá, D.C. Tel: 602 0808
www.xpress.com.co

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento infor-
mático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico,
mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cual-
quier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de
los titulares del Copyright.

JAVIER TAMAYO JARAMILLO

Ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia, licenciado en Economía y Derechos de los Seguros en la Universidad de Lovaina; profesor visitante de la Universidad de París II; conferencista invitado de las siguientes Universidades: de Buenos Aires, Autónoma de México, de Lima y de Panamá; Presidente del Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado y miembro de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros.

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

EL DAÑO ANTIJURÍDICO
LAS ACTIVIDADES PELIGROSAS
EL DAÑO ESPECIAL, EL RIESGO EXCEPCIONAL Y LA FALLA DEL SERVICIO
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTOS DE TERRORISMO
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR COVID 19
LA PRUEBA DE LA CULPA O FALLA DEL SERVICIO EN MATERIA MÉDICA

3ª ed. Revisada y notoriamente aumentada 2023



Catalogación en la publicación – Biblioteca Nacional de Colombia

Tamayo Jaramillo, Javier, autor

La responsabilidad del Estado / Javier Tamayo Jaramillo --
Tercera edición revisada y notoriamente aumentada -- Medellín :
Editorial Diké : Editorial Universidad Santiago de Cali, 2023.

386 páginas.

Incluye datos curriculares del autor.

ISBN 978-628-7647-02-2 -- 978-628-7647-03-9 (digital)

1. Responsabilidad del Estado - Colombia 2. Daños y perjuicios
- Jurisprudencia 3. Derecho constitucional - Colombia

CDD: 342.088 ed. 23

CO-BoBN- a1112511

Editorial Diké S.A.S.

Eduardo Quiceno Álvarez
Presidente Honorario del Comité Editorial

Contenido

Primera Parte

Presentación de esta edición actualizada	21
--	----

Suplemento

Ensayo I

EL DAÑO ESPECIAL Y DEMÁS FACTORES DE ATRIBUCIÓN EN LA RESPONSABILIDAD POR ACTOS DE TERRORISMO

Resumen.....	25
Introducción	27
Números	27
1. Planteamiento del problema.....	27
2. Factores de atribución utilizados por la jurisprudencia	27
7. Plan	29

Sección I

LOS ACTOS DE TERRORISMO Y LAS OPERACIONES DE GUERRA EN EL DERECHO COMPARADO

8. Irresponsabilidad del Estado	30
---------------------------------------	----

Sección II

CAOS DE LA JURISPRUDENCIA

10. Múltiples factores de atribución.....	32
---	----

Sección III

EL RIESGO EXCEPCIONAL Y EL DAÑO ESPECIAL EN LA TEORÍA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

16. Aproximación al tema.....	35
-------------------------------	----

Subsección I

DISTINTOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN UTILIZADOS POR EL CONSEJO DE ESTADO EN LA RESPONSABILIDAD POR ACTOS DE TERRORISMO

A. La falla del servicio.....	35
17. Concepto	35
B. Riesgo excepcional.....	37
18. Su filosofía	37
19. A qué actividades se aplica	37
20. Riesgo querido y riesgo obligado o debido.....	37
22. Exoneración	39
C. Daño especial	40
23. Planteamiento del problema.....	40

1º

Teoría general de la responsabilidad del Estado por daño especial

24. La ruptura del equilibrio de las cargas públicas.....	40
---	----

2º

Explicación de la teoría de la responsabilidad por daño especial

25. Aplicación de la teoría	42
26. Condiciones para que el daño especial sea indemnizable.....	44
27. Diversas fuentes del daño especial	44
A. Decisiones individuales regulares de la administración	44
28. Hipótesis	44

B. Daño especial proveniente de la aplicación de un reglamento.....	45
29. Cómo se produce.....	45
30. Excepciones	46
C. Ruptura del equilibrio de las cargas públicas o daño especial por la aplicación de leyes y convenios internacionales.....	47
31. Cómo se produce.....	47

Subsección II

APLICACIÓN EN COLOMBIA DEL RIESGO EXCEPCIONAL Y DEL DAÑO ESPECIAL CUANDO HAY DAÑOS A TERCEROS PROVENIENTES DE ACTOS DE TERRORISMO

32. Evolución	49
A. La aplicación de la teoría del daño especial por ruptura del equilibrio de las cargas públicas en los daños por actos de terrorismo de la subversión en el derecho colombiano	49
33. Errónea concepción de la ruptura del equilibrio de las cargas públicas	49
B. El riesgo excepcional y los actos de terrorismo	56
34. Historia de un relato incomprensible	56
36. Crítica al riesgo excepcional como fuente de la responsabilidad por actos de terrorismo	58
37. Riesgo querido y riesgo obligado	58
38. Exoneración por causa extraña	60

Sección IV

LA SOLIDARIDAD CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO COMO FACTORES DE ATRIBUCIÓN EN LA RESPONSABILIDAD POR ACTOS DE TERRORISMO

39. Factores de atribución artificiales	62
---	----

Subsección I

LA SOLIDARIDAD CONSTITUCIONAL

40. Arrogación de competencias de otras ramas del poder.....	62
41. Comentario.....	64

42. El fallo del Consejo de Estado 20 de junio de 2017, corrige parcialmente la aplicación de la solidaridad como factor de imputación en los daños por actos de terrorismo.....	69
43. El Consejo de Estado ordenó al legislador aumentar las reparaciones de los fondos de solidaridad por actos de terrorismo.....	71
44. Fallo del Club el Nogal vuelve a la solidaridad.....	74
45. Reproche de la Corte constitucional.....	75
46. Comentario.....	76

Subsección II

EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

47. Falacias subliminales.....	77
Conclusión.....	81
48. Síntesis.....	81
Bibliografía.....	83

Ensayo II

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTOS DE TERRORISMO (VIRAJE JURISPRUDENCIAL)

1. Historia.....	85
2. Síntesis del nuevo fallo.....	86
3. Análisis del nuevo fallo.....	86
4. Comentario.....	88
5. Comentario.....	89
6. Comentario.....	91

Ensayo III

RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO COMO CONSECUENCIA DEL CORONAVIRUS

Introducción.....	93
-------------------	----

1. Planteamiento adecuado del problema.....93

Tema I

Conceptos básicos para la discusión.....95

Sección I

¿ES EL CORONAVIRUS UNA CAUSA EXTRAÑA O FUERZA MAYOR?

2. Planteamiento del problema.....95

3. Delimitación temporal del asunto96

Sección II

ANÁLISIS DE LA CULPA EN LA RESPONSABILIDAD POR CORONAVIRUS

4. Relatividad de la culpa o falla del servicio97

5. Aplicación al servicio de salud en general.....98

6. Aplicación a los servicios de salud por el Coronavirus 100

7. Manejo de la situación antes de conocerse sus efectos devastadores100

8. Manejo de la situación después de conocidos los efectos devastadores
de la pandemia 103

Tema II

El Coronavirus y la responsabilidad del estado por daño especial, es decir,
por la ruptura del equilibrio de las cargas públicas..... 113

1. Planteamiento del problema y remisión..... 113

2. Hipótesis posibles 113

a. Daños derivados de parálisis de la actividad económica con el fin de
contener la extensión de la pandemia114

b. ¿Qué pasa con los pacientes desahuciados cuyo tratamiento de curación
fue suspendido y solo se les brindó cuidados paliativos, con el fin de li-
berar recursos para atender a pacientes curables y, también, frenar la
expansión de la pandemia?115

Ensayo IV

LA FALLA DEL SERVICIO EN MATERIA DE SALUD, ACTUALMENTE DEBE SER PROBADA

1. Cambios importantes	119
------------------------------	-----

I

Sentencia del Consejo de Estado, 31 de agosto de 2006.	119
---	-----

2. Regreso a las fuentes.....	119
-------------------------------	-----

3. Comentario.....	128
--------------------	-----

II

Sentencias del Consejo de Estado con falla probada del servicio a partir del año 2006.....	130
---	-----



Contenido

Segunda parte

Presentación	15
--------------------	----

Introducción

1. Concepto y plan	17
--------------------------	----

Sección I

FUENTES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

2. La jurisprudencia anterior a 1991 (Consejo de Estado, 20 de febrero de 1989).....	19
---	----

3. Comentarios.....	25
4. La exoneración en el régimen de la falla probada	25

Sección II

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991

5. Texto constitucional.....	33
6. Doctrina sobre el daño antijurídico	34

Subsección I

ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

7. La jurisprudencia (Consejo de Estado, 31 de octubre de 1991)	35
8. Consejo de Estado, 2, II, 1995.....	39
9. Comentarios a los fallos anteriores.....	44
I. Comentarios al fallo de 31 de octubre de 1991	45
10. La sentencia de la fecha nos merece las siguientes observaciones:.....	45
11. Diferencia de textos constitucionales	45
12. Análisis de la doctrina de García de Enterría	52
13. No se delimitan daño jurídico y antijurídico	54
14. La doctrina acepta que no todo daño es antijurídico	55
15. Falacia del concepto “obligación de soportar el daño”.....	55
16. A veces, el daño antijurídico necesariamente debe ser culposo.....	58
17. Hipótesis de daño antijurídico necesariamente culposo	59
18. En fallo de 5 de agosto de 1994 el Consejo de Estado atenúa la teoría objetivista	61
19. El artículo 90 de la Constitución no ensanchó el campo de la responsabilidad objetiva.....	63

20. La doctrina española afirma que entre el sistema francés y el español no existen diferencias sustanciales	63
21. Opinión de Garrido Falla contra doctrina de García de Enterría	64
22. La jurisprudencia colombiana, en el fondo, acoge la doctrina de Garrido Falla	69
23. La jurisprudencia colombiana evoluciona primero que la española	70
24. El artículo 90 de la Constitución, a veces, tiene en cuenta la conducta del causante del daño.....	71
25. Nuestro concepto sobre daño antijurídico	72
26. García de Enterría acepta en algunos casos la falla del servicio.....	73
27. El artículo 90 de la Constitución Política y la función creadora de la jurisprudencia	76
II. Comentarios al fallo de 2 de febrero de 1995.....	77
28. En cuanto al fallo de 2 de febrero de 1995, ya reproducido en sus consideraciones pertinentes (<i>supra</i> , núm. 8), Nos permitimos hacer las siguientes observaciones:.....	77
29. El concepto de irresponsabilidad del Estado no ha desaparecido totalmente.....	77
30. El problema de la irresponsabilidad del Estado está mal planteado.....	77
31. El Consejo de Estado contradice el fallo de 2 de febrero de 1995.....	78
32. En el asunto decidido el 2 de febrero de 1995, el Estado cometió falla del servicio.....	78

Subsección II

OPINIÓN DEL DOCTOR DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ

33. Así no compartamos muchos de los puntos de vista de la doctrina y la jurisprudencia colombianas	79
---	----

Subsección III

LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EL CONCEPTO DE DAÑO ANTIJURÍDICO

34. Sentencia de 10 de agosto de 1996. Corte Constitucional.
Alcances del art. 90 de la C.P. y del concepto de daño
antijurídico 89

Sección III

LAS ACTIVIDADES PELIGROSAS Y RIESGOSAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

35. Desde hace muchos años, la jurisprudencia
contencioso-administrativa colombiana... 95

Subsección I

FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTIVIDADES PELIGROSAS Y ACLARACIÓN DE TÉRMINOS

36. Caos lingüístico y conceptual 95
37. Falla anónima del servicio y responsabilidad objetiva 96
38. Actividades peligrosas y riesgo excepcional 101
39. Presunción de falla o culpa (“Faute”) 104
40. Presunción de responsabilidad 107
41. Responsabilidad objetiva o responsabilidad por culpa 108
42. Daño especial y riesgo excepcional 109

Subsección I

LA NOCIÓN DE ACTIVIDAD PELIGROSA O RIESGOSA EN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

43. Remisión 111
44. Principio general 111
45. Normas aplicables 112

46. Concepto de peligrosidad o riesgo.....	114
47. Concepto físico y jurídico de actividades peligrosas.....	115
48. La responsabilidad por actividades peligrosas no se aplica en materia contractual.....	115
49. Ruptura del equilibrio de las cargas públicas	116
50. Concepto de riesgo excepcional y grave	117
51. No es necesario que la actividad riesgosa sea anormal	118
52. El régimen de responsabilidad por actividades peligrosas o riesgosas es subsidiario.....	118
53. La guarda de la actividad peligrosa o riesgosa	119
54. Guarda de la estructura y del comportamiento	121
55. Caso de la alcantarilla que otro destapa o de otros bienes que no se pueden controlar minuciosamente.....	121
56. Quién es guardián en el caso de contratistas independientes	123
57. La actividad peligrosa y el nexo instrumental con el servicio público.....	127
58. Armas y vehículos ajenos pero usados en el servicio.....	128
59. Caso de la actividad riesgosa que es prestada por una entidad estatal a otra entidad estatal	128
60. Objetos propios del Estado usados en el servicio	129
61. Actividades peligrosas (armas o vehículos) facilitadas por el Estado al funcionario o a un tercero	130
62. Actividades peligrosas desarrolladas durante el servicio, pero en gestión ajena a éste	132
63. Actividades peligrosas facilitadas por el Estado a terceros ajenos al servicio.....	132
64. Actividades peligrosas sustraídas al Estado por funcionarios o por terceros	133

Subsección III

LAS ACTIVIDADES PELIGROSAS O RIESGOSAS EN ALGUNOS CASOS ESPECIALES

65. Según hemos dicho, la responsabilidad por actividades peligrosas constituye un principio general... ..	134
I. Las actividades peligrosas y las operaciones de guerra	134
66. Si hay alguna actividad riesgosa o peligrosa por parte del Estado, ella es la guerra.	134
II. Las actividades peligrosas y los actos de terrorismo	143
67. Tesis tradicional: el Estado no es responsable.....	143
68. Tesis del Consejo de Estado: el Estado es responsable	143
69. Crítica de esta doctrina	147
70. Riesgos asumidos por el Estado	147
71. Riesgos asumidos por los particulares.....	149
72. Limitaciones económicas.....	150
73. El acto de terrorismo es una causa extraña.....	155
74. La jurisprudencia es contradictoria.....	155
75. La situación en el derecho francés.....	156
76. La solución en el derecho español.....	158
77. Severas restricciones de la reciente jurisprudencia del Consejo de Estado.....	164
78. Consejo de Estado, 28 de abril de 1994.....	164
79. Consejo de Estado, 16 de noviembre de 1995	167
80. Consejo de Estado, 12 de noviembre de 1993	171
81. Consejo de Estado, 22 de julio de 1996.....	175
82. Consejo de Estado, 18 de abril de 1996. Restricción de la doctrina de la responsabilidad objetiva por actos terroristas	175
83. Conclusión	181

III. Las actividades peligrosas y las armas de fuego	181
84. Tesis tradicional.....	181
85. Posición del Consejo de Estado colombiano	182
86. Neutralización de presunciones	188
87. Posición propia sobre la responsabilidad objetiva por daños causados con armas de fuego.....	189
88. Daños causados con arma oficial, dentro del servicio	190
88.1. Daños accidentales dentro del servicio.....	190
88.2. Daños intencionales dentro del servicio	191
89. Daños causados durante el servicio, pero sin relación con éste	197
90. Daños causados con arma oficial por fuera del servicio	198
91. Daños intencionales por fuera del servicio.....	198
92. Daños accidentales por fuera del servicio	201
IV. Las actividades peligrosas por combustibles y explosivos	202
93. Responsabilidad por actividades peligrosas derivadas de la manipulación y almacenamiento de combustibles y explosivos	202
V. Las actividades peligrosas por redes de energía eléctrica	203
94. Jurisprudencia del Consejo de Estado. Responsabilidad objetiva por daños ocasionados por redes de energía eléctrica sujetos a control estatal.....	203
VI. Vehículos terrestres y aeronaves	204
95. Daños causados por vehículos terrestres o aeronaves. Responsabilidad extracontractual por actividades peligrosas.	204
96. Transporte gratuito.....	204
97. Transporte aéreo interno de pasajeros	207
98. Daños causados por las aeronaves a terceros en la superficie.....	208
99. Daños a terceros, por vehículos terrestres	209

VII. Daños por establecimientos carcelarios o de rehabilitación de menores.....	211
100. La gran diferencia entre el régimen de responsabilidad por el hecho de las cosas aplicable en el derecho civil francés	211
VIII. Hospitales psiquiátricos.....	213
101. Los hospitales psiquiátricos se han convertido	213
IX. Responsabilidad médica.....	214
102. Tesis tradicional (culpa probada)	214
103. Tesis actual del Consejo de Estado (presunción de falla)	215
104. La tesis del Consejo de Estado esconde una responsabilidad por riesgo.....	216
104.1 Últimas jurisprudencias del Consejo de Estado.....	220
105. Crítica.....	221
X. Organización de espectáculos o manifestaciones públicas.....	222
106. Responsabilidad por actividades peligrosas cuando quien la ejerce genera más posibilidades de daño de las que está en capacidad de soportar.....	222
XI. Trabajos y obras públicas, incluidos los puentes y las vías.....	225
107. Riesgo excepcional, daño especial y trabajos públicos.....	225
108. ¿Quién es responsable?	229
109. Daños causados por contratistas.....	230
110. Daños causados por objetos que se desprenden y lesionan a un transeúnte.....	231
XII. Daños derivados de la informática y del suministro de datos	233
111. La responsabilidad por riesgo excepcional o actividades peligrosas, no exige que el daño sea causado con cosas peligrosas.....	233
XIII. Responsabilidad por fumigaciones con sustancias nocivas.....	234
111.1. La lucha que ha librado Colombia contra los narcotraficantes	234

Subsección IV

EXONERACIÓN DEL ESTADO EN LA RESPONSABILIDAD POR ACTIVIDADES PELIGROSAS

112. La causa extraña.....	235
113. El caso fortuito.....	236
114. La exoneración cuando hay colisión de actividades peligrosas.....	239
115. Teorías.....	239
116. Posición del Consejo de Estado.....	241
117. Se aplica la presunción tanto a la víctima como aldemandado.....	241
118. Se aplica la neutralización de presunciones.....	242
119. Colisión de armas de fuego.....	243
120. Posición frente a la interpretación del Consejo de Estado.....	245
121. La exoneración cuando la actividad la manipula la propia víctima.....	246
122. La exoneración en el transporte gratuito.....	249
Bibliografía.....	251

PRESENTACIÓN DE ESTA EDICIÓN ACTUALIZADA

1. Esta pequeña monografía estaba destinada al olvido ya que mis últimas investigaciones han sido consagradas a la filosofía de la interpretación constitucional y a la responsabilidad civil, sin que por ello haya dejado de lado el estudio y publicación de algunos temas escogidos de la responsabilidad del Estado. Sin embargo, para mi sorpresa, y gracias a la constancia de la editorial jurídica Diké y de su director EDUARDO QUICENO ÁLVAREZ, la única edición de la obra, aparecida en 1997, ha sido reimpresa en varias oportunidades, con mi consentimiento, y siempre se ha agotado.
2. El doctor QUICENO me consultó si era factible una nueva reimpression. Al revisar el texto original me di cuenta de que la mayor parte del libro mantenía intacta su vigencia, pese a virajes o reiteraciones de la jurisprudencia. Sin embargo, muchas cosas han cambiado en la ley y en la jurisprudencia; además, han aparecido obras españolas y francesas que aprueban algunas de las tesis sostenidas solitariamente por mí. En consecuencia, era un error reimprimir el texto original sin alguna actualización. Fue preciso, entonces, analizar algunos de los temas nuevos más relevantes, en la medida de lo posible.
3. Como en la actualidad avanzo en la redacción de algunos temas escogidos relacionados con la responsabilidad médica y hospitalaria, me quedaba imposible sumergirme en un estudio sistemático de la responsabilidad del Estado con el fin de reescribir una nueva edición de esta obra. La única solución disponible era escoger y publicar, como un suplemento adicional, algunos ensayos escritos por mí, so-

bre la materia, en los últimos veinte años. Algunos de esos ensayos modifican o adicionan algunas de mis ideas. En otros casos, se trata de temas completamente nuevos que se acoplan convenientemente a la obra. Un lector con mediano conocimiento de la materia podrá leer el texto original y el suplemento, para darse cuenta de las innovaciones y correcciones que a continuación presento.

4. Plan de la obra

En ese orden de ideas, dividiré la obra en dos partes: la primera parte será consagrada al suplemento que comprende cinco temas nuevos o actualizados; la segunda parte, conservará la edición original, la cual, salvo los cambios legales o jurisprudenciales que analizaré en el suplemento, conserva, intactos, su estructura y su contenido que aún considero válidos