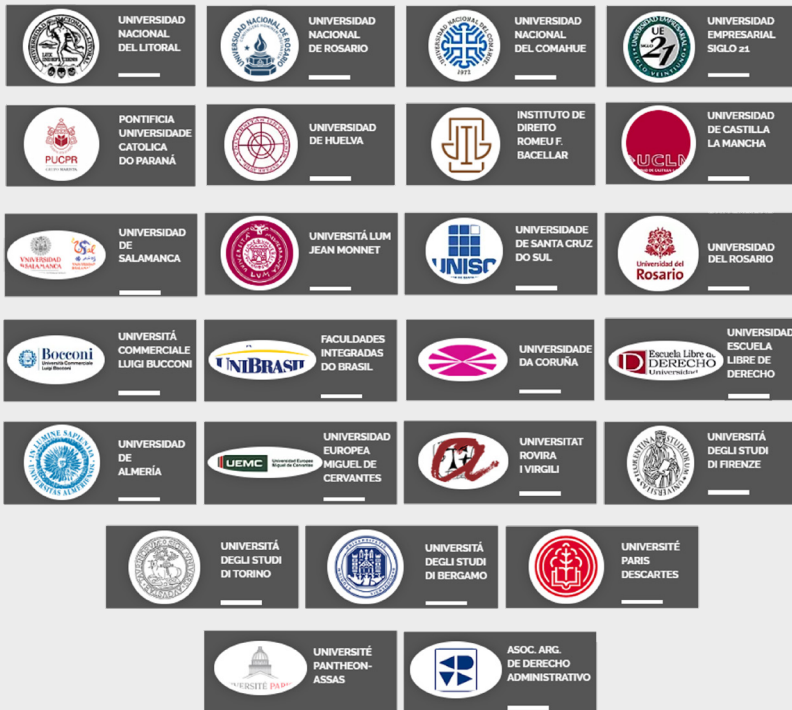


REVISTA EUROLATINOAMERICANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

VOL. 7 | N. 2 | JULIO/DICIEMBRE 2020 | ISSN 2362-583X
SANTA FE | ARGENTINA | PERIODICIDAD SEMESTRAL

Revista oficial de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo
formada por las siguientes instituciones:



RED DOCENTE
EUROLATINOAMERICANA
DE DERECHO ADMINISTRATIVO



Justificación axiológica y económica del deber de reparación del Estado

Axiological and economic justification of State's duty to compensate

HÉCTOR DAVID ROJAS VILLAMIL ^{1,*}

¹ Universidad del Rosario (Bogotá D.C, Colombia)

hectord.rojas@urosario.edu.co

<https://orcid.org/0000-0002-3226-0339>

Recibido el/Received: 30.08.2020 / August 30th, 2020

Aprobado el/Approved: 28.12.2020 / December 28th, 2020

RESUMEN:

Son diversas las teorías que se han formulado para justificar las reglas que componen el régimen de la responsabilidad extracontractual. Una cuestión que debe ser explorada es si los mismos fundamentos pueden aplicarse de forma unívoca y consistente tanto al ámbito civil como al estatal. En este escrito se presentan cuatro modelos de justificación, a saber, el contractualista, el del análisis económico, el de la justicia correctiva y el de la justicia distributiva con el objeto de destacar aquellas características que le son propias a la responsabilidad del Estado. Se sostiene en el argumento defendido, que siendo el Estado una persona jurídica que actúa por medio de sus agentes o servidores públicos en procura de la realización de unas finalidades públicas, al momento de justificar la imputación jurídica de reparar un daño, estos modelos deben ser reformulados o acompañados de matices que los hagan aplicables a la administración pública.

Palabras clave: responsabilidad extracontractual; daño; reparación; justificación; servidor público.

ABSTRACT:

There are multiple theories that aim to justify rules that form part of the legal regime of torts. One aspect which is worth exploring is whether the same justifications can be applied in a univocal and consistent way to private and public realm. This writing presents four justificatory models, to wit, contractualarian, economic analysis, corrective justice, and distributive justice. The objective is to highlight those elements within these theories that are peculiar to the responsibility of the State. The State is a juridical person that acts by way of its agents and civil servants to attain social goals and for this reason to justify any responsibility attribution the mentioned models ought to be adapted to the characteristics of public administration.

Keywords: torts; harm; compensation; justification; civil servant.

Como citar este artículo | *How to cite this article:* ROJAS VILLAMIL, Héctor David. Justificación axiológica y económica del deber de reparación del Estado. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, vol. 7, n. 2, p. 27-39, jul./dic. 2020. DOI: 10.14409/redoeda.v7i2.9557.

* Profesor de carrera de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Ph.D - University of Bristol (U.K). Master of Arts in Law and Philosophy - University of Bristol (U.K). Abogado - Universidad Externado de Colombia. E-mail: hectord.rojas@urosario.edu.co.



SUMARIO

1. Introducción; **2.** Modelo contractualista; **3.** Análisis Económico del Derecho; **4.** Justicia Correctiva; **5.** Justicia Distributiva; **6.** Conclusiones; **7.** Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

Los sistemas jurídicos se componen de normas articuladas que tienden a la realización conjunta de objetivos socialmente deseables. En el caso de las normas y decisiones jurisprudenciales que regulan la responsabilidad extracontractual del Estado existen diversas concepciones sobre cuál es la finalidad, justificación o principio articulador que las orienta. En este escrito presentamos cuatro modelos de fundamentación que ofrecen entendimientos diferentes de estas reglas y de su lógica interna. Estos modelos han tenido desarrollo de forma más preponderante en el campo de la responsabilidad civil extracontractual por lo que también se busca mostrar cómo se adaptan al derecho administrativo. El primer modelo es el contractualista el cuál concibe a la responsabilidad extracontractual como una práctica de justificación mutua entre personas libres e iguales que buscan definir términos equitativos para las reglas que regulan sus interacciones sociales. El segundo modelo es el del análisis económico del derecho el cual ve en las reglas de la responsabilidad extracontractual una estrategia para promover resultados eficientes a través de transacciones forzadas que generan una correlativa carga indemnizatoria. El tercer criterio es el de la justicia correctiva que busca restablecer a la víctima en sus derechos e interés jurídicamente protegidos. En cuarto lugar, se desarrolla la concepción de la justicia retributiva que ve en la imputación un reproche social en contra del agente que daña y en la indemnización una sanción proporcional a la infracción cometida. Por último, se presenta el modelo de la justicia distributiva el cuál compromete a las reglas indemnizatorias a la realización de estado distributivos justos tomando en consideración los principios de justicia que determinan la asignación de los beneficios y cargas provenientes de la cooperación social.

2. MODELO CONTRACTUALISTA

Para la visión contractualista, la responsabilidad extracontractual es un régimen legal de justificación recíproca entre ciudadanos sobre el balance entre riesgos y libertades que se consideran permisibles en la sociedad. El modelo de un contrato social ha servido como un instrumento heurístico¹ para determinar cuáles términos de cooperación encontrarían razonables personas libres e iguales puestas en una posición imparcial de decisión. Se busca determinar a qué darían consentimiento los ciudadanos respecto a las normas institucionales que sirven de trasfondo a sus interacciones.

¹ RAWLS, John. **Teoría de la justicia**. México: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 25.



El consentimiento hipotético deriva su fuerza vinculante de ser el resultado de un experimento mental en el que se sujeta la elección a ciertas condiciones ideales moldeadas para garantizar la imparcialidad de la decisión. En el caso de Rawls², el contrato tiene como partes a individuos que tienen los poderes morales de la racionalidad y la razonabilidad, esto es, de perseguir una concepción del bien, identificando los medios conducentes a las metas de cada proyecto de vida y de actuar con un sentido de justicia mostrando una debida consideración por los intereses de los demás. Se opera bajo la suposición de que las partes ignoran aspectos sustanciales de su posición social y sus circunstancias naturales, como raza, edad, género, nivel de riqueza, estatus, etc. Estas restricciones cognitivas son relevantes, en cuanto estas características reflejan condiciones o dimensiones que no deberían tener un peso al momento de definir las reglas sociales institucionales y que generan sesgos o ventajas arbitrarias en la negociación contractual. Junto a esta forma de modelar a las partes contractuales, Rawls apela igualmente a la noción de bienes primarios³, como aquellos elementos que sirven instrumentalmente para la realización de los diversos planes de vida de los ciudadanos y que son objeto de negociación.

Ahora bien, John Rawls afirmó que del contrato hipotético se deben derivar unos principios de justicia que regulen la estructura básica de la sociedad. Esa estructura básica comprende las principales instituciones que determinan la forma en que se asignan derechos, deberes, beneficios y cargas sociales. Esto puede llevar a la interpretación de que los principios de justicia regulan al ordenamiento jurídico, incluyendo lo atinente al régimen económico, productivo, político, laboral, tributario y comercial. Dentro de la literatura de la justificación de la responsabilidad extracontractual autores como Oberdiek⁴ y Keating⁵ han defendido la tesis de que la justificación política de dicho régimen por medios contractualitas sigue estando a la base de la fundamentación de esta rama del derecho.

Keating⁶ ha sostenido que lo que está en juego en las normas jurídicas sobre la reparación de daños es la adecuada distribución de bienes primarios. La creación de un riesgo tiene efectos en dos bienes jurídicamente protegidos, a saber, la libertad y la seguridad. En la libertad en cuanto asumir riesgos, como conducir un carro o probar una vacuna, es una forma de ampliar nuestro radio de acción y nuestra capacidad de perseguir nuestros fines. Por el otro lado, esa mayor libertad viene a un costo que es

² RAWLS, John. **Teoría de la justicia**. México: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 140-147.

³ RAWLS, John. **Teoría de la justicia**. México: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 93-99.

⁴ OBERDIEK, John. Structure and justification in contractualist tort theory. In OBERDIEK, John (Ed.). **Philosophical foundations of the law of Torts**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 103-121.

⁵ KEATING, Gregory. A social contract conception of the tort law of accidents. In POSTEMA, Gerald (Ed.). **Philosophy and the law of torts**. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 22-71.

⁶ KEATING, Gregory. A social contract conception of the tort law of accidents. In POSTEMA, Gerald (Ed.). **Philosophy and the law of torts**. Oxford: Oxford University Press, 2001, p.28.



el de mermar la seguridad de aquellos que se encuentran expuestos a los daños de la acción riesgosa. Para reconciliar estas dos dimensiones se necesita determinar a cuáles términos darían consentimiento los ciudadanos sujetos a unas condiciones de imparcialidad. Existen diversas formulaciones de los términos que honrarían el compromiso con la libertad y la igualdad de quienes interactúan en la comunidad de riesgos. Para Fletcher⁷, por ejemplo, hay una igual consideración si las reglas de la responsabilidad extracontractual generan una equitativa distribución del riesgo. Fletcher nota que ciertas actividades permiten a los involucrados imponerse riesgos recíprocos y esa mutualidad compensa la pérdida de seguridad que sufren. Por ejemplo, la utilización de automóviles crea un peligro recíproco, ya que las personas tienen que soportar el riesgo, pero también pueden exigirle a los demás que lo soporten. Hay un contexto de mayor peligrosidad pero en nuestra calidad de conductores participamos en la creación del riesgo y derivamos ventajas de la permisibilidad de la conducta. Es en estas circunstancias que según Fletcher se debe acudir a reglas de responsabilidad subjetiva que obliguen a la reparación sólo ante conductas negligentes, ya que los daños por encima de este umbral son el producto de una práctica de reciprocidad en la imposición de riesgos. Por el contrario, cuando se crean riesgos no recíprocos la responsabilidad se debe tornar objetiva, ya que quien realiza la actividad peligrosa es el único que ve aumentada su libertad para perseguir sus propios fines. Por ejemplo, el ordenamiento jurídico puede permitir que se construya una hidroeléctrica. Esta actividad crea riesgos significativos para la comunidad cuyos miembros normalmente no adelantaran en el curso de sus vidas un proyecto semejante, es decir, que se permita la creación del riesgo no aumenta en ningún sentido la libertad para ellos. Por supuesto, en el largo plazo resulta mutuamente beneficioso que se adelanten obras que implican riesgos no recíprocos, pero en su desarrollo, quien ha visto aumentada su capacidad y radio de acción debe asumir los daños que se puedan ocasionar, aún sin que se le pueda endilgar culpa o dolo, según esta aproximación.

En otra formulación, Keating⁸ sostiene que no es la reciprocidad de riesgo, sino la reciprocidad de daño la que resulta relevante para definir los términos imparciales de cooperación. El argumento se fundamenta en la idea de que entre la libertad y la seguridad, que son los dos bienes a ponderar por la responsabilidad extracontractual, la seguridad resulta más significativa cuando se trata de riesgos que afectan gravemente nuestros intereses primordiales como nuestra integridad personal. La libertad de manejar a 200 km por hora, así sea recíproca, eleva desmesuradamente el riesgo de dañar la vida y la integridad personal de los usuarios de la vía. Bajo el régimen de

⁷ FLETCHER, George. Fairness and Utility in Tort Theory. **Harvard Law Review**, Cambridge (Mass.), vol. 85, no. 3, enero. 1972, p. 537–573.

⁸ KEATING, Gregory. A social contract conception of the tort law of accidents. In POSTEMA, Gerald (Ed.). **Philosophy and the law of torts**. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 35.



responsabilidad subjetiva deben caer aquellos casos en los que se han creado riesgos recíprocos razonables, entendidos como aquellos en que los beneficios de imponer el riesgo son superiores a los potenciales daños que sufrirían las víctimas. En otras palabras, si el perjuicio que seguiría a la concreción del riesgo es de una magnitud baja y si toda la comunidad tiene licencia para crear el riesgo y derivar un beneficio significativo de ello, entonces sólo la conducta negligente da lugar a la reparación. Por el contrario, si los daños que puede generar la actividad peligrosa son de una magnitud importante, como generar la muerte o un impedimento físico permanente, no se puede considerar que el aumento en la libertad compense la afectación a nuestra seguridad, por lo que desde la perspectiva del peor situado, a saber, la víctima, sólo será justo un trasfondo legal en que el generador del riesgo asuma de manera objetiva las consecuencias de su actividad. Como se ve esta posición resulta mucho más exigente y onerosa para la parte que eleva el riesgo.

Para aplicar el contractualismo a la responsabilidad extracontractual del Estado se deben introducir modificaciones a las formulaciones expuestas. En primer lugar, estas posiciones se fundamentan en una situación de mutua justificación entre agentes que tienen un interés en establecer términos equitativos para balancear la libertad que genera la imposición de riesgos y el impacto que esto tiene en la seguridad de las potenciales víctimas. Esto presupone que las partes están en una situación de igualdad y comparten ciertos rasgos comunes que son generalizables para definir a través de un consentimiento hipotético las reglas de trasfondo que regularan sus interacciones. Este no es el caso del Estado, que, como una ficción jurídica, no tiene un proyecto de vida propio ni un interés en tener mayor libertad por medio de la imposición de riesgos para realizar unos fines privados. El Estado se encuentra en una relación asimétrica con el ciudadano en cuanto reclama un derecho a ejercer autoridad sobre la comunidad política y está legitimado a hacerlo, siempre y cuando, despliegue la función administrativa con miras a satisfacer unos fines constitucionales.

De acuerdo con esto, debe reconocerse que la creación de riesgos puede facilitar la búsqueda de esos objetivos públicos, de forma que si bien el Estado no tiene un interés en sí en aumentar su esfera de libertad y su margen de acción, la realización de actividades que elevan la peligrosidad puede ser instrumentalmente valiosa. En su función de garantizar el goce efectivo de derechos y de proveer servicios públicos, el Estado puede crear riesgos que aumenten la eficacia de la administración pública. La aproximación contractual ofrece un modelo interesante para determinar qué grado de elevación del riesgo es permisible y quién debe asumir los costos de los perjuicios que se ocasionen. Los ciudadanos deben llegar a un acuerdo imparcial, que los tome como libres e iguales, para decidir las reglas que deben regir la responsabilidad extracontractual del Estado.



3. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

La teoría económica sostiene que los intercambios que tienen lugar en un mercado ideal llevan a un estado Pareto óptimo, esto es, al estado de un sistema en el que ninguna persona puede ser mejorada sino a expensas de otra. La eficiencia de los mercados, definida en estos términos, es la consecuencia de los intercambios libres de los agentes económicos en condiciones ideales, dentro de las que se encuentran, (i) una plena información sobre las características y desempeño de los bienes y servicios objeto de intercambio, así como de sus formas de producción, (ii) la racionalidad instrumental de los agentes, quienes deben tener la capacidad de buscar los medios apropiados para satisfacer sus preferencias y organizarlas transitivamente, (iii) no debe haber costos de transacción ni externalidades y así mismo (iv) debe haber seguridad jurídica respecto a la asignación de los derechos de propiedad⁹. Estas condiciones son extremadamente exigentes y no son satisfechas en los mercados reales. Por lo anterior, la defensa del mecanismo del mercado se tiende a dar por comparaciones intersistémicas, que tienen por objeto demostrar que la economía de mercado es el modelo que más se acerca a estas condiciones de eficiencia, particularmente en comparación con las economías planificadas.

En este paradigma, el derecho puede servir como un instrumento para ayudar a que los mercados se acerquen a las condiciones ideales que garantizan la eficiencia del sistema. Tomemos el caso de las externalidades¹⁰. Estas hacen referencia al impacto en términos de cargas o beneficios que una actividad productiva o intercambio comercial tiene en el bienestar de un tercero que no tiene control o participación en la producción o transacción. Cuando el impacto es positivo, puede generarse una falla del mercado a causa de una infra producción, ya que la parte que recibe el beneficio en suficiente cantidad no lo comprará o comprará menos. Por ejemplo, el hecho de que mis vecinos se vacunen reduce la probabilidad de que me enferme y esto me puede llevar a no pagar por mi vacunación. Por el otro lado, cuando el impacto de la externalidad es negativo, se puede llegar a producir un fenómeno de sobreproducción, en virtud de que el productor no asume todos los costos que su actividad genera. Tal es el caso de las empresas que hacen recaer sobre el resto de la sociedad los costos de su actividad contaminante. Debido a que no asumen dichas cargas producen más de lo que producirían si tuvieran que asumir los efectos medio ambientales de su actividad¹¹.

Para Pigou la solución para eliminar estas ineficiencias está en la imposición de un impuesto que internalice los impactos externos que genera la actividad¹². Si la empresa

⁹ BUCHANAN, Allen. **Ethics, efficiency and the markets**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 1985, p.14.

¹⁰ COLEMAN, Jules. **Markets, morals and the law**. 1 ed. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 76.

¹¹ BUCHANAN, Allen. **Ethics, efficiency and the markets**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 1985, p. 22.

¹² COLEMAN, Jules. **Markets, morals and the law**. 1 ed. Oxford: Oxford University Press, 1998,p.76.



contaminante debe pagar un impuesto por sus emisiones de Co2, tendrá dentro de sus cálculos el impacto ambiental lo que ajustará la producción a niveles más eficientes¹³. Por el contrario, Coase planteó que son los intercambios privados, bajo condiciones ideales, los que pueden corregir las externalidades. Según el teorema de Coase, en ausencia de costos de transacción y una clara asignación de los derechos de propiedad, los agentes económicos harán intercambios de sus derechos de propiedad hasta lograr un óptimo de Pareto, lo anterior con indiferencia de la asignación inicial de derechos, la cual podrá tener efectos distributivos, pero no tiene relevancia respecto a la eficiencia¹⁴. Por lo anterior, la mediación del sistema jurídico resulta fundamental para garantizar que los derechos de propiedad de los recursos estén clara e inequívocamente asignados. No obstante, como el teorema de Coase supone condiciones ideales en las que los costos de transacción son de cero, condición que no se cumple en los mercados reales, también se necesita la intervención del derecho para reducir costos de transacción e internalizar externalidades.

Para el análisis económico del derecho las reglas jurídicas sobre la responsabilidad extracontractual son instrumentos para disminuir o anular los costos de transacción. Lo ideal es que, con fundamento en la asignación de derechos de propiedad, los mercados operen como un escenario para las transacciones contractuales entre agentes económicos que tiendan hacia resultados eficientes. En este contexto, la autonomía de la voluntad le permite al titular del derecho disponer de su propiedad. No obstante, hay circunstancias en la que los costos de obtener el consentimiento resultan prohibitivos, por lo que una transferencia forzada, que genere una compensación *ex post* puede resultar en el mecanismo más apto para facilitar intercambios que ponen los recursos en usos más valiosos. Como señala Coleman, si el derecho contractual busca propiciar transferencias voluntarias eficientes definidas en acuerdos *ex ante*, la responsabilidad extracontractual busca autorizar transferencias forzadas que confieren un derecho *ex post* a la compensación¹⁵. Por supuesto, no toda apropiación o disposición forzada de un derecho debe estar legitimada, para eso está el derecho penal, el cual tiene la función de establecer prohibiciones que desincentiven a los agentes económicos a utilizar las reglas de reparación de la responsabilidad extracontractual respecto a ciertos derechos o bienes jurídicos de los que resulta preferible que se busquen transferencias

¹³ "Pigou bases his view on a key finding of welfare theory: society's resources are always directed to their most highly valued use if individuals consider the external effects (i.e. those not affecting them personally) of their economic actions as if they were, in fact, directly affected. In other words, a Pareto Optimum can only be achieved when the social cost equal the private cost of production, and of consumption". MATHIS, Klaus. **Efficiency instead of justice: Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law**. 1.ed. Norwich: Springer, 2009, p. 57.

¹⁴ MATHIS, Klaus. **Efficiency instead of justice: Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law**. 1.ed. Norwich: Springer, 2009, p. 51.

¹⁵ Coleman, Jules. **Riesgos y daños**. 1er Ed. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 101.



voluntarias. Dentro de los ejemplos usuales para mostrar la permisibilidad de actuar unilateralmente en la imposición de riesgos está el de la conducción. Al resultar imposible obtener el consentimiento de todos los que se pueden ver afectados por la actividad de los conductores, las reglas de la responsabilidad extracontractual deben mediar para que se permita la imposición recíproca de riesgos con una carga indemnizatoria en caso de que se cause un perjuicio. Para el análisis económico del derecho la responsabilidad subjetiva está fundamentada en una negligencia que se traduce en un acción ineficiente por no haberse incurrido en los costes de prevención que sean menores al monto del perjuicio que ocasionaría la materialización del riesgo creado. Lo reprochable de un accidente causado por no revisar los frenos de mi carro está en que dicha revisión es menos onerosa que los efectos que puede generar un siniestro por este descuido. En este sentido, las reglas de responsabilidad extracontractual inducen a los actores a tomar todas las precauciones para evitar accidentes cuando prevean que será más costoso reparar a las potenciales víctimas, lo que genera un resultado eficiente. La responsabilidad objetiva, por el otro lado, permite la internalización de las externalidades requiriendo que el agente que ocasiona el daño, con indiferencia del estándar con que se pueda evaluar su conducta, responda por todos los perjuicios que su actividad pueda generar. Esto es una forma de aumentar los costos de una actividad, ya que ahora se deben incluir las reparaciones en el cálculo, lo que genera que las personas tomen las mayores precauciones para evitar que se ocasionen daños o que se desincentiven ciertas actividades para que sólo se realicen en niveles óptimos o no se lleven a cabo del todo.

Una de las conclusiones importantes del análisis económico es que la atribución de un deber indemnizatorio no supone necesariamente un reproche a la conducta del agente que daña. La reparación debería ser un factor que entra en el cálculo de razones de las autoridades públicas que toman decisiones y ocasionar daños, con su correlativo deber de reparación, podría ser una forma legítima de actuar eficientemente en la búsqueda de la realización de los fines constitucionales. Lo anterior, siempre y cuando los cálculos respecto a los riesgos y su prevención sean adecuados.

Respecto a la responsabilidad extracontractual del Estado, esta perspectiva concibe al servidor público como un agente racional en una posición estratégica que busca la forma más eficiente para conseguir las finalidades públicas. Es de notar que la administración pública se ve en primera medida sujeta al principio de legalidad, que regula el ejercicio del poder público y los límites de competencia, para que bajo el principio de eficiencia se despliegue la función pública. Por lo tanto, aquellos resultados eficientes que desborden la competencia del funcionario para ser alcanzados no son cursos de acción legítimos. Así mismo, aquellas finalidades constitucionales cuya persecución sea ineficiente, no pueden ser abdicadas con fundamento en este criterio. Esto muestra que el criterio económico debe tener influencia en primera medida en la definición del



trasfondo jurídico que define las competencias y las finalidades públicas, su jerarquía inclusive, para poder acomodar posteriormente reglas de responsabilidad.

Lo anterior, por supuesto no quiere decir que la eficiencia sea el único principio relevante y que no deba ceder a otras consideraciones. Por ejemplo, la reparación puede surgir como un deber de solidaridad cuando el daño refleja una inequitativa distribución de las cargas públicas, aún si esta no es la forma más eficiente de ubicar las consecuencias. Estas ideas de equidad, que resultan extrañas al análisis económico, forman parte de los títulos de imputación de daños al Estado en diversos sistemas jurídicos. En últimas, la indemnización es una forma de socializar los daños para que sea toda la comunidad la que soporte los impactos que la persecución de las finalidades públicas y este mecanismo no obedece exclusivamente a un criterio de eficiencia, sino también de solidaridad. Por lo tanto, es posible pensar que el análisis económico puede coexistir con diversas concepciones de la responsabilidad del Estado. Así como esta aproximación reconoce la inviolabilidad de ciertos bienes jurídicos, protegidos por el derecho penal, aún cuando una transgresión resulte eficiente, la posibilidad de incluir reparaciones ineficientes podría estar justificada, siempre y cuando existan razones de peso que reclamen la solidaridad social.

Finalmente, si el daño es desprovisto en ciertas circunstancias de un reproche de conducta, en cuanto causarlo y repararlo puede ser una forma eficiente de lograr una finalidad pública valiosa, esto debe tener también un impacto en el régimen de responsabilidad fiscal, disciplinaria y penal del funcionario público. Es importante indicar que el cálculo racional no viene de Estado como un todo, sino del funcionario y al atribuirle consecuencias gravosas personales se alterará el balance racional, generando actuaciones administrativas mucho más conservadoras, aún acosta de resultados ineficientes.

4. JUSTICIA CORRECTIVA

La justicia correctiva en el campo de la responsabilidad extracontractual consiste en una estructura de normas de primer orden, que establecen el trasfondo de prohibiciones, derechos e intereses protegidos, y sirven como baremo para las normas de segundo orden, que establecen reglas para rectificar o reparar desviaciones de esa asignación inicial de situaciones jurídicamente protegidas¹⁶. Se deben rectificar las pérdidas injustas, es decir aquellas ocasionadas por conductas prohibidas que resultan en la vulneración de derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Esa distribución inicial es un problema institucional que no concierne a la justicia correctiva la cual parte

¹⁶ "Corrective justice, in contrast, features the maintenance and restoration of the notional equality with which the parties enter the transaction. This equality consists in person's having what lawfully belong to them. Injustice Occurs when, relative to this baseline one party realizes a gain and the other a corresponding loss." WEINRIB, Ernest. *Corrective. Justice in a nutshell*. **The University of Toronto Law Journal**, Toronto, vol. 52, no.4., Ago. 2002, p.349.



del presupuesto de que hay unos derechos que determinan los poderes, prerrogativas, permisos y prohibiciones que aplican a las interacciones entre ciudadanos y sobre este marco normativo se hacen las rectificaciones a causa de una acción u omisión dañina.

En otras palabras, bajo la visión de la justicia correctiva los derechos tienen una estructura que opera en dos dimensiones. Un derecho, por ejemplo, me puede dar un área protegida para decidir si hacer o no hacer una conducta imponiendo un deber correlativo a los demás de abstenerse de interferir. Ese derecho estructuralmente se ve vinculado a otro y es el de poder disponer de un medio jurídico para restablecer mi derecho en caso de que exista una trasgresión del agente dañador. Es el obrar contrario al ordenamiento jurídico o causando un injusto lo que activa el deber de reparación a través de una acción judicial.

La justicia correctiva es un criterio autónomo para evaluar un estado de cosas y su peso axiológico no depende de los principios que definen la distribución primaria de derechos y deberes. Para ilustrar este punto Coleman¹⁷ hace una analogía entre la teoría de retributiva de la pena y la responsabilidad extracontractual en el campo de la responsabilidad extracontractual. La retribución es un criterio para determinar la función de la sanción penal que requiere que la respuesta punitiva del Estado sea proporcional al daño ocasionado y opere como un reproche al quebrantamiento del ordenamiento jurídico. La teoría nos brinda un criterio autónomo para evaluar la punición. Nada nos dice el retribucionismo sobre que conductas deben ser tipificadas como delitos. Este trasfondo de prohibiciones de primer orden debe responder a principios independientes expresados a través de la política criminal del Estado. De la misma manera, la justicia correctiva no es el fundamento de los principios distributivos de justicia que deben regular a la sociedad, es una teoría sobre el estándar que deben regir las transgresiones a situaciones jurídicas consolidadas que devienen en pérdidas o ganancias injustas. La visión de Coleman¹⁸ sobre las obligaciones de primer orden es que ellas son el resultado de las expectativas sobre el grado de cuidado que es razonable exigir que los ciudadanos tengan entre sí, las cuales emergerán de la interacción, de los hábitos y las costumbres sociales y económicas. Es decir, el trasfondo de derechos y obligaciones del que parte la justicia correctiva varía en función de las expectativas sociales y no de un marco axiológico único que se expresa en un único principio articulador que regule tanto la justicia distributiva como las desviaciones de los estándares por ella fijados.

Aquellos sistemas jurídicos en los que se consideran indemnizables tan sólo aquellos daños adjetivados como antijurídicos parecen acomodar una fácilmente una visión de justicia correctiva. El artículo 106 de la Constitución española o el artículo 90

¹⁷ COLEMAN, Jules. **The practice of principle: in defense of a pragmatist approach to legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 32.

¹⁸ COLEMAN, Jules. **The practice of principle: in defense of a pragmatist approach to legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 34.



de la Constitución de Colombia contienen cláusulas expresadas o interpretadas en estos términos. La remisión a la antijuridicidad implica que la reparación opera sobre un trasfondo de derechos y obligaciones fijadas por el ordenamiento y de unos títulos de imputación que definen cuales perjuicios la víctima no está en la obligación jurídica de soportar. La responsabilidad extracontractual, según esta aproximación, requiere una evaluación previa de la posición jurídica de la víctima para determinar si el daño que el Estado le ocasionó es antijurídico. Esta valoración sobrepasa el mero aspecto naturalístico e implica una valoración de índole jurídica fundamentada en las normas de primer orden que asignan derechos y deberes, tal y como la teoría de la justicia correctiva sugiere.

5. JUSTICIA DISTRIBUTIVA

La justicia correctiva traza una distinción entre los criterios que rigen la distribución inicial de recursos, cargas, derechos y deberes en una comunidad política y los criterios para determinar la forma de rectificar desviaciones de esa línea de base que se pueden producir por las interacciones y transacciones entre individuos. Las porciones distributivas iniciales, en un sistema de libre intercambio, podrán variar de forma legítima por los intercambios que realicen de forma voluntaria que no sean viciadas por la coerción o el fraude. Así mismo podrán variar por las conductas contrarias a derecho y en esta hipótesis en la que se ampara un derecho a la compensación que anule las ganancias y pérdidas injustas a través de las reglas de responsabilidad extracontractual.

Este es sin duda un criterio problemático que genera serias objeciones. No en virtud de que las instituciones y el ordenamiento jurídico no deban adoptarse instrumentalmente para generar patrones distributivos justos, sino porque de hacerlo, deben evitar violentar otros valores y principios que también deben ser honrados. Al acudir a la responsabilidad extracontractual como un mecanismo de justicia distributiva generamos en primer lugar incentivos perversos en los que los ciudadanos pueden comportarse negligentemente o asumir riesgos exorbitantes hacia los bienes jurídicamente protegidos de aquellos que están mejor situados, lo que por lo demás, eleva el riesgo de daño en muchas ocasiones para toda la sociedad¹⁹. Así mismo, si el daño fuera una forma legítima de restablecer las porciones distributivas el delito también podría ser un mecanismo para lograr este fin. Como indica Coleman²⁰, las pérdidas injustas del señor Rockefeller pueden provenir, no de un accidente sino de una estafa. El punto es que las reglas jurídicas como aquellas que establecen prohibiciones y estándares de conducta pueden tender a la realización de fines diferentes a la de generar determinados estados distributivos. Tenemos motivos para incentivar el cuidado, la prevención de accidentes,

¹⁹ COLEMAN, Jules. **Riesgos y daños**. 1er Ed. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 312.

²⁰ COLEMAN, Jules. **Riesgos y daños**. 1er Ed. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 311.



la prudencia y la diligencia, en lugar de crear normas que hagan que las personas se comporten de manera indiferente o desconsiderada hacia los intereses legítimos de los demás. Queremos prevenir el fraude por los impactos que esta conducta tiene en las interacciones diarias entre ciudadanos libres e iguales que buscan realizar sus propios proyectos. Así mismo, reconocer un derecho implica que este no puede ser infringido de forma arbitraria, que su titularidad impone un deber de respeto por parte de los demás. Así que es la misma concepción de derechos subjetivos como poderes oponibles la que resulta amenazada.

Por lo anterior parece mejor buscar la justicia distributiva a través de mecanismos como la provisión de servicios públicos esenciales, la tributación progresiva y la implementación de políticas públicas. Debemos buscar realizar la justicia social sin ser disruptivos de prácticas, convenciones y técnicas jurídicas que satisfacen finalidades que también son primordiales para la vida en sociedad como la seguridad jurídica, la prohibición de conductas delictivas o los estándares de prevención, cuidado y diligencia en las actividades riesgosas que se desarrollan en la sociedad.

6. CONCLUSIONES

En el presente escrito se han presentado cuatro posiciones que se pueden identificar en la literatura sobre la justificación de la responsabilidad extracontractual. El objetivo ha sido el de cuestionar los impactos o variaciones que se deberían tener en cuenta al momento de aplicar estos criterios a la responsabilidad del Estado. Los modelos contractualistas, de análisis económico, de justicia correctiva y justicia distributiva no constituyen una lista exhaustiva, pero muestran una pluralidad de perspectivas en las que sí parece importar si está involucrada la responsabilidad del Estado. Si bien estos modelos parecen servir para fundamentar la dimensión civil y la pública, existen matices y especificidades que requieren ser atendidos para aplicarlos de forma coherente a la administración pública. Por un lado, el Estado obra a través de sus agentes o servidores públicos, como una persona jurídica sin intereses o razones propias, sujeta al principio de legalidad y a la consecución de las finalidades públicas constitucionalmente definidas. Por lo anterior, se debe indicar en qué sentido es considerado como una parte contractual en un contrato hipotético de justificación recíproca o un agente económico puesto en posiciones estratégicas. Respecto al modelo de la justicia correctiva se encuentra que parece ser una posición que sustenta de forma sólida la visión de aquellas jurisdicciones que exigen la antijuridicidad del daño. Finalmente, frente a la justicia distributiva se ha presentado una perspectiva crítica, con fundamento en que la administración pública tiene a su disposición otros instrumentos para realizar o progresar hacia niveles más altos de justicia, sin generar incentivos perversos que la no reparación puede causar.



7. REFERENCIAS

- BUCHANAN, Allen. **Ethics, efficiency and the markets**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 1985.
- CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas. Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral. **Harvard Law Review**, Camdrigde (Mass), vol.85, no. 6, p. 1089-1128, Abr. 1972.
- COLEMAN, Jules. **Markets, morals and the law**. 1 ed. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- COLEMAN, Jules. **Riesgos y daños**. 1er Ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- COLEMAN, Jules. **The practice of principle: in defense of a pragmatist approach to legal theory**. 1er. ed. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- FLETCHER, George. Fairness and Utility in Tort Theory. **Harvard Law Review**, Cambridge (Mass.), vol. 85, no. 3, p. 537-573, Ene. 1972.
- KEATING, Gregory. A social contract conception of the tort law of accidents. In: POSTEMA, Gerald (Ed.). **Philosophy and the law of torts**. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 22-71.
- MATHIS, Klaus. **Efficiency instead of justice: Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law**.1.ed. Norwhich: Springer, 2009.
- OBERDIEK, John. Structure and justification in contractualist tort theory. In OBERDIEK, John (Ed.). **Philosophical foundations of the law of Torts**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 103-121.
- RAWLS, John. **Teoría de la justicia**. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.
- WEINRIB, Ernest. Corrective. Justice in a nutshell. **The University of Toronto Law Journal**, Toronto, vol. 52, no.4. p. 349-356, Ago. 2002.
- ZAPATA, Pedro. **Fundamentos y límites de la responsabilidad del Estado**. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2019.