EL AMPARO CONSTITUCIONAL Y LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO: DIFERENCIAS E INFLUENCIAS RECIPROCAS

(Estudio comparativo: Colombia y Venezuela)[*]

Luis A. Ortiz-Alvarez[*]

El tema al cual nos vamos a referir de manera muy superficial, pues la brevedad se impone, es el relativo a las relaciones entre el *amparo constitucional* (o acción de tutela) y la *responsabilidad extracontractual del Estado,* especialmente a la luz del derecho venezolano, bien que haciendo algunas referencias al derecho colombiano.

Destacamos de entrada dos sensibles diferencias. La primera, es que el desarrollo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia es increíblemente mayor que en Venezuela (y no porque haya mejores normas -no, en esto somos similares- sino por la presencia de un importante desarrollo jurisprudencial). La segunda diferencia que es menester mencionar desde ahora, radica en que en Venezuela la Ley no ha previsto la posibilidad de ejercer conjuntamente una acción de amparo constitucional y solicitar en la misma una indemnización de daños y perjuicios (ni de la Administración ni tampoco entre particulares), cuestión que, en principio y en base a normativa expresa, ha sido admitida en Colombia.

Sin embargo, sí es posible realizar algunas reflexiones referidas a las relaciones, diferencias e influencias recíprocas entre la acción de amparo y la responsabilidad extracontractual del Estado. Particularmente, en lo que a Venezuela respecta, es posible hacer una análisis similar al realizado por JUAN CARLOS HENAO en la primera parte de su exposición, vale decir, establecer las relaciones entre amparo y responsabilidad desde la perspectiva de que puede suceder "que la amenaza o vulneración de un derecho fundamental (susceptible de protección constitucional por vía de amparo) sea, en la más de las veces, también una lesión susceptible de comprometer la responsabilidad extracontractual del Estado"[1] especialmente por la vía de responsabilidad por falta o funcionamiento. Esto lleva, pues, a establecer las relaciones entre la noción de violación a una derecho constitucional y daño antijurídico, configurado en la mayoría de estos casos por una falta o funcionamiento anormal (acción, omisión inconstitucional o incluso inconstitucionalidad de un acto administrativo). Es sobre esta dimensión de las relaciones entre amparo y responsabilidad donde nos vamos a

---

[*] Ponencia presentada en las *III Jornadas Colombo-Venezolanas de Derecho Público*. Dicha ponencia tuvo lugar en el año 1997, por lo que a los efectos de la presente publicación se ha realizado una adaptación, aunque básica y no profundizada, a la Constitución vigente de 1999 así como a la doctrina jurisprudencial actual.

[*] Profesor de Postgrado de Derecho Administrativo. Universidad Central de Venezuela. Universidad Católica Andrés Bello.

[1] Vid. tamb. su trabajo "La acción de tutela y la responsabilidad extracontractual del Estado", en libro *Homenaje a Fernando Hinestrosa*, Editorial Univ. Externado de Colombia, 1994, pp. 231 y ss.

concentrar, dejando para el final unos breves comentarios sobre la imposibilidad legal (e incluso la inconveniencia) de ordenar la indemnización de perjuicios a través de la acción de amparo.

I. LAS LESIONES CONSTITUCIONALES SUSCEPTIBLES DE PROTECCION POR VIA DE AMPARO Y LAS RELACIONES CON LA RESPONSABILIDAD EXTRA-CONTRACTUAL DEL ESTADO

Tal como lo destacaba el profesor JUAN CARLOS HENAO, es claro que "los comportamientos de la Administración Pública, pueden, con efectos diferentes, ser juzgados desde varias acciones jurídicas". En particular, la acción o la omisión estatal puede generar tanto una acción de tutela o amparo, un juicio contencioso administrativo de nulidad o de abstención, o una demanda directa de daños y perjuicios, todo ello, en principio, por vías distintas (bien que algunas pretensiones conjuntas son permitidas: por ejemplo, nulidad y amparo, nulidad y daños y perjuicios, incluso, nulidad-amparo cautelar-daños y perjuicios).

El elemento común, que en la mayoría de los casos habilita a ejercer estas acciones, es la presencia de una "falta o falla del servicio" (si se quiere un funcionamiento anormal). En el caso del amparo se trata de una falta constitucional (una lesión -o incluso amenaza de violación- constitucional), lesión que también puede (y suele) generar daños y perjuicios.

La reacción ciudadana ante las faltas de servicio depende de la conciencia social de las mismas.

1. *Sobre la reacción ciudadana frente a las actuaciones dañinas del Estado, y la alta conciencia social en Colombia, a diferencia de Venezuela, sobre la importancia de la responsabilidad extracontractual*

En Colombia, por ejemplo, es sabido el alto nivel de conciencia social y jurídica que existe frente a los daños patrimoniales causados por la Administración, situación que contrasta con nuestro país.

Por sólo dar algunas cifras:

En Colombia, es ilustrativo mencionar que en el año 1994 el Consejo de Estado (especialmente a través de su Sección Tercera) dictó, en materia de responsabilidad del Estado, incluyendo tanto casos de responsabilidad contractual como extracontractual, un promedio de 850 sentencias y para el año 1995 se profirieron 438 sentencias, de donde 340 fueron de responsabilidad extracontractual. A estas cifras, de por sí reveladoras de la magnitud e importancia del tema, hay que agregar todos los casos que no llegan a los tribunales o que se resuelven en vía judicial normalmente antes de terminar los juicios, pues la Administración colombiana acepta indemnizar previamente por vía de conciliación o transacción, los cuales alcanzaron en 1995 un promedio de 138 casos mensuales, todo lo cual muestra la tremenda conciencia jurídica y social que sobre el tema existe en Colombia[2]. Se trata, por lo demás, de cifras similares que se mantienen en el nuevo milenio.

---

[2] Vid. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, "Reflexiones sobre el futuro de la responsabilidad del Estado -Análisis a partir del tema en el Derecho colombiano-", en libro de las *II Jornadas In-*

Asimismo, si se da una rápida mirada al derecho europeo, en países como Francia, España, Alemania, Italia, se notará que las sentencias anuales en materia de responsabilidad extracontractual del Estado también se cuentan por centenares, para lo cual bastará revisar, además de las publicaciones oficiales de sentencias de los tribunales contencioso administrativos y de las revistas especializadas de derecho administrativo, los principales trabajos generales de la doctrina sobre el tema[3].

En Venezuela, en cambio, nuestra Sala Político Administrativa del actual Tribunal Supremo de Justicia, al igual que la antigua Corte Suprema de Justicia, difícilmente dicta entre 15 y 20 sentencias al año en materia de responsabilidad extracontractual del Estado (y si bien, cuantitativamente hablando, existe un importante número de sentencias sobre el tema en nuestro país -cifras en todo caso insignificantes en comparación con el derecho comparado-, resulta que, cuantitativamente, no existen en Venezuela más de 30 sentencias importantes en materia de responsabilidad administrativa[4].

Como se observa, pues, en Colombia existe una gran conciencia social sobre el particular, al punto que en ese país existe actualmente una política de conciliación a nivel de la Administración Pública[5]. En Venezuela, en contraste, no sólo no existe conciencia social, sino que la misma Administración es la primera que promueve (y se enorgullece de) su impunidad e irresponsabilidad.

De hecho, la actitud típica de un ciudadano (e incluso de un abogado) venezolano es la de intentar un recurso contencioso administrativo (de nulidad normalmente) o preferiblemente una acción de amparo constitucional, pero es muy raro ver demandas de responsabilidad patrimonial. Pareciera que los venezolanos piensan que todo puede resolverse por la vía de la acción de amparo, cuestión que por demás ha sido estimulada por la propia jurisprudencia, quien ha hecho gala de una gran receptividad, a veces exagerada y contraproducente, respecto a la referida acción constitu-

---

ternacionales de Derecho Administrativo ARBC, Funeda, Caracas, 1996, pp. 409 y ss. También del mismo autor, consúltese *La responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia. Evolución jurisprudencial 1864-1990*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1991.

3 Por ejemplo, entre muchos otros estudios, para España, vid. J.L. GIL IBÁÑEZ, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos -Jurisprudencia contencioso administrativa-*, Actualidad Editorial, 1994; JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1996; para Francia, consúltese la *Encyclopédie Dalloz de responsabilité de la puissance publique*, París; y el *Jurisclasseur administratif*, París, ambas recopilaciones con trabajos de varios autores ; cf. tamb. MARYSE DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, LGDJ, París, 1994.

4 Vid LUIS A. ORTIZ-ALVAREZ, "La responsabilidad patrimonial del Estado y de los funcionarios públicos en la nueva Constitución de 1999", en *Revista de Derecho Constitucional*, núm. 1, Ed. Sherwood, Caracas, 1999, pp. 267 y ss.; LUIS A. ORTIZ-ALVAREZ, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, EJV, Caracas, 1995; LUIS ORTIZ-ALVAREZ, *Jurisprudencia de Responsabilidad Extracontractual del Estado*, EJV-Funeda, Caracas, 1997; tamb. RAFAEL BADELL MADRID, "La responsabilidad del Estado en la nueva Constitución", *www.badellgrau.com* (conferencia dictada en el foro "El Contencioso Administrativo a la Luz de la Constitución de 1999" el día 14 de julio de 2000.

5 Cf. los citados estudios de JUAN CARLOS HENAO, así como su trabajo *La conciliación en el Derecho Administrativo*, publicado por el Ministerio de Justicia y del Derecho, 1996.

cional, sin duda un medio de protección importante y fundamental, como bien lo ha puesto de manifiesto la más autorizada y reciente doctrina (CHAVERO GAZDIK)[6], pero que debe mantenerse dentro de su verdadera naturaleza de medio procesal extraordinario.

Pero es el caso que en muchos, en muchísimos, de estos supuestos están envueltos problemas patrimoniales (susceptibles de demandas de daños y perjuicios). Por ejemplo, es conocido que cualquier accidente, en Colombia, genera –como es normal y como debe ser– múltiples demandas de responsabilidad patrimonial contra el Estado (incluso, según nos han contado algunos colegas colombianos, hay abogados en ese país que suelen aparecerse en los lugares donde hay accidentes o situaciones de responsabilidad, para repartir tarjetas y ofrecer asesoría para demandar al Estado -incluso hay casos en los que se ofrece comprar los derechos para demandar, pues se está convencido que los jueces contencioso administrativos condenarán a pagar o que habrá conciliación). En Venezuela, por el contrario, cuando ocurre un accidente nadie demanda daños y perjuicios, sino que normalmente se piensa en acciones penales (por ejemplo, en los casos de Tejerías, Terrazas del Avila, San Román, La Planta, por sólo nombrar algunos famosos, bien que tal actitud alcanza a casos más comunes, desde los accidentes en las carreteras, pasando por los daños causados por las arbitrariedades de la policía, hasta las muertes y lesiones causadas indebidamente en los hospitales públicos). Lo mismo va para supuestos de actos administrativos. Se intentan sólo nulidades, o amparos constitucionales. Son, pues, muchos los casos en los cuales se intentan acciones de amparo para evitar mayores daños, pero no se demanda la responsabilidad patrimonial.

La situación en Venezuela raya en lo insólito. La falta de demandas y de suficientes sentencias estables sobre el tema de responsabilidad del Estado en Venezuela no tiene ya justificación. Se trata de una particular situación, quizás explicable –mas no justificable- por diversas razones, entre ellas: el respeto magnificado al poder y ahora a las nuevas tendencias políticas revolucionarias; el bajo nivel de educación del ciudadano común y la tendencia a la aceptación de los siniestros como desgracias providenciales o normales dentro de nuestro país; también está la falta de fe en los tribunales y en el Derecho como técnica de soluciones justas; el desconocimiento del contenido y de la fuerza normativa de la Constitución; el desconocimiento del Derecho Comparado -en especial de sus recientes avances-; asimismo está el cegamiento de nuestra jurisprudencia en el contencioso administrativo de anulación; la impertinente utilización de normas del Código Civil para el estudio de la responsabilidad del Estado; y en fin en el hecho de que no todos pueden pleitear con la Administración en juicio, tanto por todas sus trabas como por su lentitud y costo. Por lo pronto, cuando es jurídicamente procedente vía demanda patrimonial, se siguen intentando acciones de amparo o juicios de nulidad por ilegalidad o inconstitucionalidad. Pero las demandas de daños son muy pocas, bien que debe señalarse la existencia de un sensible aumento cuantitativo y cualitativo en las mismas en los últimos años[7], lo que

---

[6] Sobre un estudio global, sistemático y actualizado del tema del amparo constitucional entre nosotros, en efecto, puede verse por todos el excelente libro de RAFAEL CHAVERO GAZDIK, *El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela*, Editorial Sherwood, Caracas, 2001.

[7] Vid. LUIS A. ORTIZ-ALVAREZ, *Jurisprudencia de responsabilidad extracontractual del Estado*, EJV-Funeda, Caracas, 1997.

aun debería intensificarse con las nuevas previsiones constitucionales (en especial el artículo 140 de la Constitución de 1999)[8], las cuales ya han dado lugar a una interesante y más moderna jurisprudencia.

2. *Consideraciones sobre la necesidad de reacción ciudadana frente al instituto de la responsabilidad extracontractual del Estado. Amplitud constitucional de la consagración de esta institución y sus características*

Para mejorar esta evidente situación de insatisfacción e inferioridad en la cobertura jurisprudencial de la responsabilidad del Estado en Venezuela, hay que considerar varias cosas. Lo primero que hay que hacer es mirar hacia el Derecho Comparado, para así percatarse la presencia de un verdadero *ius commune administrativum.* En esta materia, existen verdaderos principios comunes, y tal como lo ha dicho MAURO CAPELLETTI, como no es posible colocar al derecho en un laboratorio y tubos de ensayo, el recurso al Derecho comparado es fructífero y enriquecedor. En segundo lugar, hay que entender que la responsabilidad del Estado tiene una cierta autonomía y que no puede ser estudiada exclusivamente bajo normas de Código Civil. En este sentido, es fundamental destacar que en nuestro país existe todo un bloque normativo de *rango constitucional* regulador de la responsabilidad del Estado. Es el conjunto de normas constitucionales las que deben guiar la materia, normas que sin duda alguna permiten articular todo un sistema iuspublicista de responsabilidad del Estado[9]. En todo caso, y aquí destaca una doble similitud con el amparo constitucional, la responsabilidad del Estado es una institución expresa y ampliamente prevista de manera expresa en la Constitución, así como también está dirigida a la protección de derechos fundamentales de los ciudadanos, como pueden serlo los derechos pa-

---

8 Vid LUIS A. ORTIZ-ALVAREZ, "La responsabilidad patrimonial del Estado y de los funcionarios públicos en la nueva Constitución de 1999", en *Revista de Derecho Constitucional*, núm. 1, Ed. Sherwood, Caracas, 1999, pp. 267 y ss.

9 La génesis de la idea de autonomía de la responsabilidad puede buscarse en Francia, especialmente a partir de la sentencia *Blanco* del 8 de febrero de 1873 del Tribunal de Conflictos. Los términos de la sentencia de 1873 fueron implacables. Lo mismo sucedió en España y en Colombia. En este último país, antes de 1960 se utilizaban normas del Código Civil para la responsabilidad del Estado. Luego se abandonaron, y desde entonces el desarrollo del tema ha sido paradigmático. Así, el Consejo de Estado Colombiano ha señalado lo siguiente: "La noción de responsabilidad extracontractual y contractual del Estado está estrechamente vinculada al Derecho administrativo, forma parte de integrante de él y se desplaza en su totalidad sobre un régimen jurídico de derecho público..." (Sentencia del 26 de agosto de 1960). "La responsabilidad extracontractual del Estado no puede ser estudiada y decidida a la luz de las normas del Código Civil y se abandonan, por inútiles e inconvenientes, los esfuerzos de la doctrina y la jurisprudencia nacionales, por encontrar en dicho estatuto, mediante inteligentes y sutiles teorías, las fuentes del derecho positivo, determinantes de la responsabilidad estatal...Dicha responsabilidad encuentra su respaldo jurídico en las normas de la Constitución..." (Sentencia del 28 de octubre de 1976). Vid., sobre la autonomía de la responsabilidad del Estado y su razonabilidad, y considerando las referencias bibliográficas allí citadas, LUIS A. ORTIZ-ALVAREZ, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, obra cit., 1995, pp. 40 y ss. ; así como las consideraciones en el Proemio a nuestro libro *Jurisprudencia de responsabilidad extracontractual del Estado*, obra cit., pp. 26 y ss. ; con algunas diferencias argumentativas, pero también apoyando la autonomía de la responsabilidad, RICARDO ANTELA GARRIDO, "Motivación para el desarrollo de un sistema original y autónomo de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública", en *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 1, 1997, pp. 13 y ss.

trimoniales (p. ej., el derecho a la propiedad) y el mismo derecho a la responsabilidad del Estado.

Hay que mencionar también, que la reforma constitucional de 1991 en Colombia vino a confirmar, al estilo español, la visión autónoma y objetiva de la responsabilidad del Estado (Art. 90)[10]. Asimismo, hay que recordar que a nivel mundial y especialmente en Latinoamérica hay una tendencia a consagrar a nivel constitucional el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado[11].

Como se ve, resulta injustificado la referencia ocasional por parte de la jurisprudencia venezolana y de la doctrina a las normas y conceptos del Código Civil. Sin embargo, a pesar de la persistencia de la tendencia civilista pueden verse en Venezuela cambios doctrinales y jurisprudenciales positivos, sentencias donde no se mencionan las normas del Código Civil y donde incluso se hace referencia, y de hecho se postula la utilización de las normas constitucionales y de los conceptos propios del Derecho Público (por ejemplo, CSJ-SPA, 27 de enero de 1994 -caso *Promociones Terra Cardón*- y 29-10-1998 -caso *Franz Weibezahn vs CANTV y Oficina Técnica Dina*-; TSJ-SPA, 2-5-2000 -caso *Cheremos y Otros/Elecentro*- y 15-6-2000 -caso *Germán Avilés/Eleoriente*-; Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, 9-6-2000, caso *Alí Quiñones Medina*).

Y es que, en efecto, las bases normativas de la responsabilidad administrativa se encuentran ampliamente contenidas en el "bloque de la constitucionalidad". Así sucedía en al menos 18 artículos de la Constitución de 1961, entre los cuales había que destacar los artículos 47, 68 y 206. De modo similar, e incluso de forma más clara y contundente, la nueva Constitución de 1999, establece igualmente un importante número de artículos relacionados con esta visión moderna y autónoma de la responsabilidad patrimonial del Estado. Así, y sin entrar a fondo sobre este tema, baste recordar nuevamente que tal sistema de responsabilidad patrimonial administrativa está en la actualidad basado en los artículos 26, 49, 140[12] y 259 de la nueva Constitución de 1999, normas respectivamente relativas al derecho a la tutela judicial efectiva, a la responsabilidad patrimonial del Estado y a su control por parte del juez contencioso administrativo, preceptos constitucionales de similar altura que las mejores normas a nivel mundial, todo lo cual permite e impone la construcción general y la articulación técnica de todo un sistema de aplicación inmediata de responsabilidad administrativa completo, eficaz e inspirado en principios de *derecho público*, como expresamente lo reitera la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999[13].

---

[10] El texto del referido artículo 90 la nueva Constitución colombiana es el siguiente: "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas".

[11] Vid. LUIS A. ORTIZ-ALVAREZ y JACQUELINE LEJARZA, *Constituciones Latinoamericanas*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1997.

[12] El texto de este importante artículo 140 es el siguiente: "El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública".

[13] En dicha Exposición de Motivos, en efecto, se señala lo siguiente en el Título del Poder Público: "Finalmente, en las disposiciones generales, se establece bajo una perspectiva de derecho público moderna la obligación directa del Estado de responder patrimonialmente por los daños

Existe, pues, todo un bloque normativo de fuerza constitucional que se configura como base jurídica para fundamentar y desarrollar técnicamente a fondo los principios propios y autónomos de la responsabilidad administrativa en Venezuela

Un análisis del mencionado bloque de normas constitucionales, deja como conclusión que es posible en Venezuela el desarrollo técnico de todo un sistema indemnizatorio completo y efectivo (sistema mixto de responsabilidad sin falta o por sacrificio particular y de responsabilidad por falta o funcionamiento anormal) de responsabilidad del Estado, el cual no puede quedar sustituido u olvidado por la acción de amparo constitucional -mucho más cuando estas demandas y acciones pueden cumplir funciones diferentes; en un caso una restablecedora no económica y en otro una función indemnizatoria-.

3. *Consideraciones generales sobre la noción de daño antijurídico, el funcionamiento anormal administrativo y las vinculaciones entre el amparo constitucional y la responsabilidad extracontractual*

En el campo de la responsabilidad del Estado, y desde una perspectiva global, la Administración responde de forma directa y objetivamente, es decir, que el fundamento general o unitario de todo el sistema o de los dos regímenes de responsabilidad administrativa es la *integridad patrimonial*. El criterio general de la responsabilidad es así la idea de lesión, o sea, de la *lesión antijurídica* en el sentido de que el particular no tiene la obligación de soportar sin indemnización. En este plano, la antijuricidad es un criterio objetivo, pues no se trata de que el autor de la lesión actúe de forma ilegal o ilícita –antijuricidad subjetiva–, sino de que la víctima que la sufre no tiene el deber jurídico de soportarla sin compensación –antijuricidad objetiva–. Sin embargo, en un plano más concreto y específico, el sistema objetivo de responsabilidad es un sistema mixto en el cual pueden darse tanto casos de responsabilidad sin falta como de responsabilidad por falta.

En efecto, en lo que respecta a la naturaleza y amplitud del sistema de responsabilidad patrimonial del Estado en general, el contexto constitucional ha ratificado su carácter *mixto*, en el sentido de que el mismo, para ser completo y efectivo y para responder a la naturaleza real de la responsabilidad administrativa, debe ser entendido como un sistema indemnizatorio que se divide en dos regímenes coexistentes y complementarios como son, por una parte, el régimen de *responsabilidad por sacrificio particular* o sin falta, en el cual el criterio específico decisivo para la responsabilidad es la imputación a la actividad administrativa de un daño anormal y especial, entrando dentro de este régimen especialmente las actividades lícitas o producto de un funcionamiento normal de los servicios públicos o de cualquier actividad estatal o de interés general, donde el fundamento principal va a encontrarse en el principio de igualdad ante las cargas públicas, en ciertos casos apoyado por la doctrina del riesgo; por otra parte, un régimen *de responsabilidad por funcionamiento anormal* o por falta de servicio, en el cual el criterio específico o decisivo a

---

que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos y por cualesquiera actividades públicas, administrativas, judiciales, legislativas, ciudadanas o electorales, de los entes públicos o incluso de personas privadas en ejercicio de tales funciones".

los fines de la responsabilidad es ese funcionamiento anormal de los servicios públicos o de cualquier actividad estatal o de interés general[14]. Esta forma de enfocar o entender el sistema de responsabilidad ha sido aceptada no sólo en el Derecho comparado, como es el caso de España y Colombia, sino que también ya ha sido explicada por la jurisprudencia contencioso administrativa venezolana, tal como se desprende de las sentencias anteriormente mencionadas.

Desde este enfoque, la antijuricidad del daño o lesión puede darse tanto por presencia de un sacrifico particular que rompe el principio de igualdad ante las cargas públicas (responsabilidad por funcionamiento normal), como por una falta de servicio, la cual supone una violación del derecho de los ciudadanos al buen funcionamiento de los servicios públicos y de la actividad estatal (responsabilidad por funcionamiento anormal). Tanto el sacrificio particular como la falta de servicio pueden residenciarse, en principio, en cualquier actividad pública o comportamientos administrativos e igualmente con independencia del tipo de competencia, materia, obligación o servicio público en juego. Sin embargo, hay actividades que, según su naturaleza y las particularidades de cada caso concreto, tenderán a ubicarse en uno u otro régimen de responsabilidad.

En la responsabilidad sin falta o por sacrificio particular, la antijuricidad o insoportabilidad de un daño viene dada por la presencia e imputación de daños "anormales" (graves e intensos) y "especiales" (individualizados) los cuales producen una ruptura de la igualdad ante las cargas públicas haciéndose necesaria una indemnización compensatoria, siendo este el marco típico de la responsabilidad del Estado por actos lícitos o por funcionamiento normal.

En el régimen de responsabilidad por funcionamiento anormal, por su parte, la antijuricidad o insoportabilidad del daño puede venir por la presencia de daños –inclusive suaves o de poca intensidad– causados por faltas de servicio, lo que equivale al funcionamiento anormal, el cual puede definirse como la violación a las obligaciones a cargo de los entes públicos o de los entes privados en función administrativa o de interés general. En estos casos, la falta de servicio es una condición necesaria para declarar responsable a la Administración, debiendo el demandante probar tal funcionamiento anormal, salvo en el caso de las presunciones de falta en los cuales, vista la dificultad probatoria y la necesidad de proteger a las víctimas, debe invertirse la carga de la prueba.

La noción de falta de servicio o funcionamiento anormal (*faute de service*) es, como la doctrina lo ha destacado, una noción multiforme y variable, cuya apreciación es esencialmente tópica y, por tanto, íntimamente relacionada con las características y entorno de cada caso. Como referencia inicial, para detectar la existencia y consistencia de las obligaciones administrativas, el juez puede acudir, normalmente de forma conjunta, a la "apreciación textual" (refiriéndose a los textos normativos

[14] Sobre esta vigente división del sistema de responsabilidad patrimonial del Estado y su funcionalidad y articulación, puede verse, para mayores detalles técnicos, LUIS A. ORTIZ-ALVAREZ, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, obra cit.,1995. Sobre el mantenimiento de tal enfoque en el nuevo contexto constitucional, vid. también LUIS A. ORTIZ-ALVAREZ, "La responsabilidad patrimonial del Estado y de los funcionarios públicos en la nueva Constitución de 1999", *loc. cit.*; RAFAEL BADELL MADRID, "La responsabilidad del Estado en la nueva Constitución", *loc. cit.*

que definen y delinean la intervención administrativa) y a la "apreciación funcional" (pronunciándose en función de las misiones generales asignadas al Estado), luego de cuya determinación podrá analizar si tal obligación administrativa ha sido violada o no, para lo cual tendrá que acudir a los *standards* de apreciación *in concreto*, tales como la tipología o naturaleza del servicio en juego, las circunstancias de tiempo y lugar, las dificultades encontradas, los medios del servicio, la previsibilidad del incidente, etc.[15].

Pues bien, retomando el análisis de relaciones de la responsabilidad con el amparo, es cierto (como lo explica el profesor HENAO) que en principio la noción de lesión o vulneración del derecho constitucional fundamental proveniente de una autoridad pública, puede constituir a su vez una lesión (un "daño antijurídico") susceptible de comprometer la responsabilidad extracontractual del Estado.

Se presenta la pregunta: cuando el juez de amparo declara procedente la protección inmediata del derecho fundamental constitucional amenazado o vulnerado, ¿está pronunciando la existencia del daño antijurídico que es, a su vez, uno de los elementos para que proceda la indemnización de perjuicios contra el Estado?

Vale decir, ¿Realiza el juez de tutela el mismo tipo de análisis que hace el juez de reparación directa cuando estudia el hecho dañino? ¿Es toda violación constitucional una falta de servicio? Como regla, sí lo es. Pero no siempre tiene que ser así. El análisis constitucional es similar al de las relaciones entre ilegalidad y responsabilidad (donde la ilegalidad es un índice de anormalidad funcional)[16], donde la regla es que la ilegalidad suele ser una falta de servicio pero donde se acepta la presencia de situaciones excepcionales en las cuales la ilegalidad no es considerada una falta de servicio sino, por el contrario, un funcionamiento normal.

En este sentido, en efecto, resulta que las nociones de ilegalidad y de funcionamiento anormal no son siempre coincidentes, siendo necesario realizar una disociación entre ellas, pues hay ciertas ilegalidades que no constituyen un funcionamiento anormal. La ilegalidad más que la sombra del funcionamiento anormal, es entonces un "índice", un índice alto, muy alto –pero no absoluto– de la anormalidad funcional. Así pues, la ilegalidad, más que imputar "automáticamente" daños, lo que hace es "reforzar" dicha imputación sobre la cual habrá que argumentar en un discurso indemnizatorio independiente y en ocasiones de fondo. Y tiene que ser así, pues la institución de la responsabilidad del Estado (con independencia del tipo de hecho generador de los daños), goza de autonomía e independencia en relación con la institución de la ilegalidad o con la teoría general de las nulidades de los actos administrativos. Se trata, en propiedad de *discursos jurídicos independientes*, aunque puedan ser similares, por lo que como dijimos la "ilegalidad" de un acto es sólo un

---

[15] Para análisis sobre el particular, vid. LUIS A. ORTIZ-ALVAREZ, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, EJV, Caracas, 1995, pp. 270-348; tamb. MICHEL PAILLET "Faute de service", en *Juris-classeur administratif*, París, 1993, fasc. 818, nº 95-120; L. RICHER *La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, París, 1978, p. 7 y ss.

[16] Vid. AVELINO BLASCO E., *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, Civitas, Madrid, 1985.; tamb. LUIS A. ORTIZ-ALVAREZ, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, obra cit., 1995, pp. 312 y ss.; asimismo, nuestro libro *Antitrust, competencia y contencioso administrativo*, Ed. Sherwood, Caracas, 2001, pp. 467 y ss.

índice, sólo un parámetro, mas no el equivalente a la noción dentro del campo de la responsabilidad de "falta de servicio o funcionamiento anormal" proveniente de actos administrativos. En este sentido, hay que estar de acuerdo con el profesor BLASCO ESTEVE[17] cuando expresa que entre ilegalidad y responsabilidad "no hay correlación automática".

La referida diferenciación y autonomía entre ilegalidad y responsabilidad, disociación secundada por la doctrina[18] y que por lo demás no sólo tiene efectos desde el punto de visto sustantivo sino también desde la perspectiva adjetiva[19], permite sostener que a los fines de la responsabilidad (esto es, a los fines de construir un "funcionamiento anormal"), hay ilegalidades "excusables" e ilegalidades "inexcusables". Las primeras, la minoría, son aquellas que se ubican dentro del margen de imperfección que, a veces, puede admitírsele a determinado servicio administrativo en función de los estándares del servicio y del caso concreto, esto es, que ellas no sobrepasan el nivel de normalidad funcional exigido (no pudiendo comprometer la responsabilidad administrativa por funcionamiento anormal), pues ellas configuran un funcionamiento aceptable y normal del servicio. Las segundas, las ilegalidades inexcusables, y sin duda la mayoría, constituyen en cambio un funcionamiento anormal del servicio, el cual, cumplidos los otros requisitos, darán lugar a indemnización bajo el régimen de responsabilidad por falta o funcionamiento anormal.

Luego, la frontera entre las ilegalidades excusables y las ilegalidades inexcusables es una frontera movible, pues, en esta materia, y a los fines de la apreciación jurisdiccional, la noción de (in)excusabilidad es una noción que responde a parámetros y *standards* de (a)normalidad funcional que como tales pertenecen al mundo de lo variable y relativo, demostrando que el "principio funcional" también tienen operatividad en materia de responsabilidad por actos administrativos formales. Entre los referidos *standards*, pues, pueden mencionarse el carácter de la nulidad, sea absoluta o relativa; la situación irregular del particular, el carácter fundado del acto administrativo en el fondo, y la posibilidad de la Administración de rehacer el acto; los tipos (o subtipos o categorías) de servicios administrativos o las materias sobre las que recaiga el acto; los medios concretos del servicio así como las dificultades reales a las cuales este se enfrenta; el grado de claridad u obscuridad de las normas las cuales la Administración debe aplicar; las circunstancias de tiempo y de lugar.

Dentro de esta perspectiva compleja, puede decirse que en el caso de situaciones que hayan sido objeto de una declaratoria con lugar de una acción de amparo, es decir, en supuestos de violación de derechos constitucionales, debe existir una *mayor identidad*, entre la ilegalidad (en este caso inconstitucionalidad) y la falta de

---

[17] AVELINO BLASCO ESTEVE, *La Responsabilidad de la Administración por Actos Administrativos*, Editorial Civitas, Segunda Edición, Madrid, 1985, pp. 237 y ss.

[18] Para un revisión de esta y otras sentencias, y para un análisis más detallado -a la luz de la doctrina y jurisprudencia francesa y española- de las relaciones y disociaciones entre ilegalidad, falta de servicio y responsabilidad, puede verse LUIS A. ORTIZ-ALVAREZ, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, obra cit., pp. 312-325.

[19] En este sentido, por ejemplo, puede verse CPCA, 9-6-2000 (caso *Alí Quiñonez Medina*). Cf. también LUIS A. ORTIZ-ALVAREZ y CARLOS URBINA, "El plazo para demandar responsabilidad patrimonial por actos administrativos ilegales", en *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 8, Caracas, 2000.

servicio, pues será aun más difícil sostener que una inconstitucionalidad pueda ser considerada un funcionamiento normal. Sin embargo, aun en estos casos, no debe entenderse a la inconstitucionalidad como un índice absoluto de anormalidad funcionalidad, sino solamente como un "índice alto", si se quiere "muy alto", de anormalidad funcional. En otras palabras, a pesar de importante grado de coincidencia que debe existir en la ecuación inconstitucionalidad-falta de servicio, debe mantenerse la autonomía e independencia de los discursos jurídicos, pues la institución del amparo y de la responsabilidad del Estado presentan, al margen de las similitudes señaladas, importantes diferencias.

Adicionalmente, hay que recordar que el amparo es un juicio de conocimiento incompleto, es un juicio sumario de gran rapidez. De allí, que sea posible que lo que en un análisis sumario (caso del juicio de amparo) culminó en una declaratoria de inconstitucionalidad y restablecimiento, en un juicio ordinario de conocimiento completo (como debe ser el de responsabilidad patrimonial) no se concluya lo mismo, pudiendo más bien tener como resultado la ausencia de indemnización por ausencia de falta o funcionamiento anormal.

Como lo ha analizado JUAN CARLOS HENAO, "si la noción de falla del servicio es la violación del contenido obligacional que se impone al Estado, ...la pregunta que surge ahora apunta a resolver si a través de la acción de tutela el juez realiza el mismo tipo de análisis que efectúa el juez contencioso en los procesos de reparación directa".

En principio, como dijimos, la respuesta puede ser afirmativa, tal como se ha defendido para el caso colombiano. "En efecto, en gran parte de ocasiones en la acción de tutela el juez considera que ella procede puesto que la autoridad pública realizó -o se abstuvo de realizar- una acción inconstitucional. En dicho proceder, la violación del contenido obligacional que se impone al Estado derivará del estudio directo de preceptos de la Constitución Política de 1991, puesto que es respecto a ellos que se declarará si la acción o la omisión estatal amenazó o vulneró un derecho constitucional fundamental. La falla del servicio en la acción de reparación directa, por el contrario, supone que la violación del contenido obligacional es, las más de las veces, de carácter legal y reglamentario, pues mientras más claramente establecido se encuentre el contenido obligacional, mayor posibilidad hay de obtener la declaratoria de responsabilidad. Con ello no quiere afirmarse que las normas constitucionales no cuentan en el análisis del juez, sino que la norma constitucional, por su carácter amplio, permite una mayor interpretación de aquello que preceptúa. Mientras más reglada es la acción estatal, más posibilidad de determinar con claridad aquello a lo cual se obliga, y menos posibilidad interpretativa para el juez"[20]. En todo caso, puede sostenerse que, en cierta medida, tanto en el amparo constitucional como en la responsabilidad del Estado, las acciones proceden por la presencia de una daño antijurídico, bien que, como dijimos, la determinación de la antijuricidad del tal daño puede deferir en algunos aspectos.

En relación a las diferencias que vienen de anunciarse, el mismo HENAO destaca que "la acción de tutela, como acción protectora de los derechos fundamentales

[20] JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, "La acción de tutela y la responsabilidad extracontractual...", *loc. cit.*, pp. 238.

constitucionales, crea un nivel autónomo de la falla del servicio al constitucionalizar, los contenidos obligacionales que se imponen al Estado, precisamente porque a través de dicha acción se analiza el contenido obligacional que reside directamente en las normas constitucionales y no en normas de inferior jerarquía... Se puede entonces afirmar que cuando el juez de tutela protege los derechos constitucionales fundamentales, declara normalmente la existencia de una falla del servicio. En efecto, en estos casos la procedencia de la acción de tutela reflejará la violación del contenido obligacional constitucional que se impone al Estado, y por tanto el derecho ha de ser tutelado"[21].

En efecto, puede afirmarse que en muchos casos la procedencia de la acción de amparo o tutela deriva de la licitud de la acción o de la omisión estatal, lo cual supone que se violó el contenido obligacional que se impone al Estado (funcionamiento anormal), esto es, que desde el punto de vista del "hecho generador" éste puede ser el mismo para la procedencia de un amparo y para una demanda daños y perjuicios.

Ahora bien, en la práctica, tal "coincidencia" entre el amparo y la responsabilidad del Estado (desde la perspectiva del hecho generador) tiene un campo limitado de acción. Ejemplos clásicos donde tal correspondencia o concordancia pueden observarse es en materia de actos administrativos viciados de inconstitucionalidad, los cuales pueden ser objeto de una acción de amparo autónoma o de un amparo conjunto a un recurso de nulidad, y también son susceptibles de comprometer patrimonialmente al Estado. También puede suceder en caso de abstenciones ilícitas (con violaciones constitucionales) de la Administración, donde podrían presentarse un amparo, un recurso de abstención y una acción de daños y perjuicios.

4. *Sobre el campo de cobertura del amparo constitucional y la responsabilidad extracontractual del Estado. La mayor amplitud de esta última institución y su no limitación a cuestiones de constitucionalidad en materia de responsabilidad por falta*

En la práctica, en efecto, resulta que habrán muchos casos en los cuales el campo de la acción de amparo será mucho más reducido que el campo de actuación de la responsabilidad del Estado, ello debido precisamente a la limitación de procedencia del amparo a los casos de violaciones constitucionales, además violadas de forma directa. En cambio, la institución de la responsabilidad del Estado tiene funcionalidad tanto en casos de violaciones constitucionales como en casos de violaciones a obligaciones contenidas en normas o principios de rango legal. En otras palabras, siendo la falla de servicio definida como la violación de una obligación administrativa a cargo del Estado, el contenido obligacional en materia de responsabilidad es mucho más amplio que en el caso del amparo, por estar este último limitado al ámbito constitucional[22], bien que en la responsabilidad la determinación de las obligaciones administrativas puede ser objeto de análisis y verificaciones mucho más amplias y flexibles.

---

[21] *Idem.*, p. 237.

[22] Sobre el alcance del "objeto" de la acción de amparo, puede verse el libro de RAFAEL CHAVERO GAZDIK, *El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela*, obra cit., 2001, pp. 159 y ss.

Tal como lo ha señalado la doctrina, en conformidad con la jurisprudencia, "la inconstitucionalidad del acto contra el cual se pide amparo debe ser directa... La violación directa del derecho se produce en los casos en los cuales no exista una previsión legal que lo desarrolle o condicione, contemplando un procedimiento *ad hoc*"[23]. Esta es, sin duda, la posición que hasta hoy viene sosteniendo la jurisprudencia nacional. Ya desde el caso "*Andrés Velásquez*" se había hecho referencia a la exigencia de la violación directa de alguna norma constitucional a los fines de la procedencia de la acción de amparo[24]. El afinamiento de esta posición deriva también de la conocida decisión "*Fincas Algaba C.A.*", en la cual el Máximo Tribunal deja establecido que se refiere a la procedencia del amparo limitada a la "lesión o, amenaza de violación, directa e inmediata -en todo caso- sólo de la Constitución y no de texto subalterno"[25]. Tal posición, ha sido ratificada en múltiples oportunidades por la Corte Suprema de Justicia (*exempli gratia*, en Sala Plena: sentencias del 22-05-90 y 14-12-88; Sala Político-Administrativa: 14-8-90; 14-08-89; 18-01-89; 26-10-89; 09-06-88; 03-08-89; 17-10-88; 08-11-88; 30-05-89; 6-12-89, 14-8-90, entre otras), bien que quizás el retoque más resaltante se encuentre en la sentencia dictada en el caso "*Tarjetas Banvenez*", en la cual se dejó establecido lo siguiente:

> "Ha sostenido reiteradamente este Supremo Tribunal en jurisprudencia que una vez más ratifica, que en tales supuestos el accionante en amparo debe invocar y demostrar que se trata de una vulneración constitucional flagrante, grosera, *directa e inmediata*, lo cual no significa -se precisa ahora- que el derecho o garantía de que se trate no estén desarrollados o regulados en textos normativos de rango inferior, *pero sin que sea necesario al juzgador acudir o fundamentarse en ellos* para detectar o determinar si la violación constitucional al derecho o garantía se ha efectivamente consumado. De no ser así -ha dicho también esta Sala- no se trataría entonces de una acción constitucional de amparo sino de otro tipo de recurso... y "si tal sustitución se permitiere, el amparo llegaría a suplantar no sólo esa sino todas las vías procedimentales establecidas en nuestro sistema de Derecho positivo", desnaturalizando el carácter extraordinario del amparo"[26].

En contraste, el contenido de las obligaciones administrativas (directamente relacionado con el análisis de la falta de servicio o funcionamiento anormal) en la responsabilidad patrimonial del Estado, es mucho más amplio y dinámico, contenido que se determinada bajo las técnicas de la "apreciación textual" y de la "apreciación funcional".

En efecto, si bien la falta o funcionamiento anormal puede definirse, con PLANIOL, como la violación de una obligación preexistente a cargo de la Administración, resulta que la determinación de la misma se realiza *a posteriori* al momento del estudio de los casos concretos, y ello no sólo en función de textos expresos sino también con referencia a una técnica funcional genérica. En relación con esto,

---

23 HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ, *Amparo Constitucional*, Caracas, 1988, p. 90.

24 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa del 28 de Octubre de 1983, *RDP*, No. 16, Caracas, 1983, pp. 169 y 170.

25 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, del 23 de Mayo de 1988 con ponencia del magistrado FARÍAS MATA, en *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Oscar R. Pierre Tapia, Mayo de 1988 , No. 5 págs. 53 y 54; los subrayados son de la Corte.

26 CSJ-SPA 10-07-1991, caso *Tarjetas Banvenez*, *RDP*, N° 47, 1991, pp. 169-174, *GDJCA*, 1996, p. 885 y ss.; ratificando, CSJ-SPA, 2-12-1993 ; 24-03-1994.

RICHER ha afirmado con acierto lo siguiente: "las obligaciones administrativas están a veces determinadas por textos... pero, a menudo no hay textos. Es entonces al juez quien le toca descubrir el contenido de la obligación./ Para paliar la ausencia de textos, podría imaginarse la elaboración de un código general de deberes de la Administración. Sin embargo esta labor parece imposible: el número de obligaciones administrativas es ilimitado, su contenido depende del objeto de la actividad asumida, objeto que es esencialmente variable./ El problema que entonces conviene abordar, en estas condiciones, es un problema de método: ¿cómo la relación entre la actividad y la obligación es establecida por el juez?./ La respuesta es diferente según se trate o no de un acto jurídico. Cualquiera sea la actividad administrativa en causa, material o jurídica, un principio juega siempre, es el principio funcional. Pero cuando una acto jurídico interviene, es el principio de legalidad el que ocupa principalmente la escena, sin que se trate de un rol único./ El enunciado del principio funcional es simple: a partir del momento que la Administración asume una actividad, ella está sujeta a las obligaciones que impone la gestión de esta actividad./ El principio de legalidad se impone a la Administración en sus actividades jurídicas, es decir, en las actividades de elaboración de actos jurídicos unilaterales o contractuales. La violación de la legalidad puede provocar la nulidad del acto, pero ella también constituye, en la mayoría de los casos, una falta"[27].

En sentido parecido, y en un brillante trabajo, MICHEL PAILLET también demuestra cómo suelen y deben determinarse las obligaciones administrativas a los fines de estudiar (de "detectar") la presencia o ausencia de una falta o funcionamiento anormal susceptible de comprometer la responsabilidad de la Administración[28]. Siguiendo pues a PAILLET, puede decirse que, por un lado, el juez está llamado a determinar el *contenido de las obligaciones administrativas*. En este sentido, "es claro que no se trata de hacer un inventario de la infinita variedad de las obligaciones que pesan sobre la Administración, sino que se trata de analizar el método utilizado por el juez administrativo para determinar su consistencia". Pues bien, para esto el estudio de la jurisprudencia contencioso-administrativa francesa muestra como el juez utiliza métodos diversos: sea refiriéndose a los textos que expresamente definen la intervención administrativa (determinación textual); sea pronunciándose en función de las misiones globales asignadas a la Administración (determinación funcional)". Lo cierto es, pues, que el espectro de análisis de la responsabilidad del Estado es inmensamente mayor que el utilizado en materia de amparo, aunque, cuando estén presente violaciones constitucionales, existirá como regla una coincidencia de la cual pueden nutrirse recíprocamente los jueces, pues el "discurso" en materia de faltas constitucionales para la procedencia del amparo puede ser similar al discurso o método de razonamiento del juez en materia de faltas para la procedencia de la responsabilidad patrimonial, y si bien no puede hablarse ni de cosa juzgada ni tampoco de vinculación positiva entre las sentencias de una o otra materia, sí es posible aceptar la existencia de una vinculación práctica.

---

[27] *La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, París, 1978, p. 7 y ss.

[28] Vid. su trabajo "Faute de service", en *Juris-classeur administratif*, París, 1993, fasc. 818, n° 95-120.

Sobre el particular, también debe señalarse que la misma Ley Orgánica de Amparo venezolana, en su artículo 36, expresamente señala que el amparo constitucional genera efectos "sin perjuicio de las acciones o recursos que legalmente corresponden a las partes", lo que ratifica el carácter de cosa juzgada sólo formal del amparo y al mismo tiempo confirma la posibilidad de los particulares obtengan otro tipo de restablecimiento o protección por los mismos hechos a través de otras acciones, tales como pueden ser las acciones penales, civiles y de responsabilidad patrimonial del Estado.

Por otra parte, y revelando también los niveles de protección de las instituciones bajo análisis, debe considerarse, en demostración de la menor cobertura del amparo constitucional, el hecho de que esta acción constitucional está limitada por Ley a un lapso de caducidad de 6 meses, tiempo luego del cual no es posible interponer la acción. En cambio, en materia de responsabilidad del Estado, la limitación temporal está ubicada en el lapso de prescripción civil de 10 años, tal como lo ha entendido la jurisprudencia[29], incluso en materia de responsabilidad por actos administrativos, donde a pasar de algún desliz judicial (en el cual se intentó aplicar el lapso de caducidad de 6 meses)[30] la jurisprudencia y la doctrina recientes han entendido aplicable el referido lapso de prescripción amplio[31].

En fin, y destacando otras diferencias en los niveles de aplicación amparo-responsabilidad, hay muchos supuestos en los cuales para el amparo constitucional es "demasiado tarde", pues los hechos ya están consumados y nada es posible restablecer o reparar desde la perspectiva de un amparo constitucional. En estos casos, solamente será procedente y lógico la interposición de una demanda de daños y perjuicios.

En efecto, ha sido sostenido por la doctrina[32], y así lo ha confirmado la jurisprudencia, que el amparo debe tener un efecto "restablecedor", afirmación que quizás proviene del artículo 49 de la Constitución de 1961 por ser ésta la expresión que utilizaba el mismo constituyente, quien habla de "restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida", lo cual se confirma en el artículo 27 de la Constitución de 1999 y en la misma Ley Orgánica de Amparo la cual alude al efecto restablecedor cuando señala como causal de inadmisibilidad la imposibilidad de que tal efecto se produzca (así, ordinales 1°, 2°, 3° y 4°, del artículo 6, LOA), cuestión ha sido apoyada por la doctrina. En este sentido, por ejemplo, HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ escribe

---

29 LUIS A. ORTIZ-ALVAREZ, *Jurisprudencia de responsabilidad extracontractual del Estado*, obra cit., pp. 729 y ss.

30 CSJ-SPA, 25-01-1996, caso *Sermes Figueroa vs. Ins. Autónomo de Ferrocarriles del Estado.*

31 En este sentido, por ejemplo, puede verse CPCA, 9-6-2000 (caso *Alí Quiñonez Medina*). Cf. también LUIS A. ORTIZ-ALVAREZ y CARLOS URBINA, "El plazo para demandar responsabilidad patrimonial por actos administrativos ilegales", en *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 8, Caracas, 2000.

32 Sobre el particular, y sobre los "efectos" del amparo en general, vid. RAFAEL CHAVERO GAZDIK, *El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela*, obra cit., pp. 185, 326 y ss.

que "la característica más importante del amparo, porque se vincula con su objetivo, es la relativa al efecto restablecedor"[33].

En efecto, uno de los límites del amparo constitucional está en el hecho de que la situación pueda repararse. Tal reparabilidad puede ser entendida en dos sentidos: primero, que no existan vías administrativas o jurisdiccionales idóneas para restablecer la supuesta situación jurídica, pues en caso de existir éstas el amparo -dado su conocido carácter extraordinario- resultaría inadmisible. En segundo lugar, la reparabilidad puede ser vislumbrada en el sentido de que mediante el amparo puedan volverse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, que realmente se pueda restablecer la situación jurídica infringida (entiéndase en términos constitucionales, lo que excluye las reparaciones patrimoniales de daños y perjuicios). De manera que, en el amparo, es necesario la existencia de *actualidad o reparabilidad de la supuesta lesión (restablecimiento constitucional "in natura")*, situación que debe diferenciarse de la noción de lesión jurídica patrimonial no susceptible en principio de ser reparada por vía de amparo constitucional.

En este sentido, son ilustrativas las palabras de RONDÓN DE SANSÓ, quien al estudiar concretamente este problema, ha escrito lo siguiente:

> "El restablecimiento significa reponer la situación lesionada a su estado anterior o impedir, en caso de amenaza, que la misma pueda ser afectada.
>
> La Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales alude al efecto restablecedor cuando señala como causal de inadmisibilidad la imposibilidad de que el mismo se produzca. Lo hace en los ordinales 1°, 2°, 3° y 4°, del artículo 6, cuyo análisis permite puntualizar los elementos constitutivos de lo que es el efecto restablecedor. (...) De la anterior transcripción se pone en evidencia que el efecto restablecedor no se da en las siguientes hipótesis:
>
> 1) Si ya no existe la violación o amenaza por haber cesado. En consecuencia, es necesario que esté presente, viva y actual la lesión o amenaza de lesión. Es decir, es necesaria la actualidad del daño. Lo anterior indica que el efecto restablecedor tiene como características la remoción del elemento dañino o el temor de que el mismo se presente. De allí que, si la lesión se produjo o amenazó producirse y posteriormente cesó, no hay lugar al amparo por la imposibilidad de que se produzca el efecto restablecedor, de lo cual deriva que éste no es la indemnización del daño sufrido que, en todo caso, podrá demandarse por otra vía, sino hacerlo cesar de inmediato o impedir que el mismo se produzca. El carácter restablecedor no está constituido por el efecto indemnizatorio, aun cuando exista la posibilidad de una reparación parcial.
>
> En consecuencia de todo lo expresado, el efecto reparador exige que la situación de lesión o amenaza de lesión sean actuales; que no haya cesado, lo cual significa que restablecer es remover el factor dañino o el temor fundado de que el mismo se produzca.
>
> El problema de la exigencia del efecto restablecedor plantea, es la determinación de qué sucede si en el momento de la interposición del amparo el requisito está presente pero desaparece en la oportunidad en que ha de dictarse la decisión. Es sabido que los breves y estrictos lapsos que la Ley Orgánica de Amparo establece no siempre son cumplidos, por lo cual es posible que, por la lógica misma de los hechos, o por existir prueba de ello en autos, el Juez se percate de que la situación del actor no puede ser restablecida (...).

---

[33] *La acción de amparo contra los poderes públicos*, Caracas, 1994, p. 61; vid. también, *Amparo Constitucional*, Caracas, 1988, pp. 83 y ss..

Indudablemente que ya el objeto del amparo no existe, por lo cual la declaratoria sólo puede ser en el sentido de que no hay materia sobre la cual decidir"[34].

En definitiva, se entiende que el amparo va dirigido a proteger *in natura* los derechos constitucionales y los bienes litigiosos en presencia, no siendo posible proteger o restablecer (desde la perspectiva del amparo) con una compensación monetaria. Esto, en cambio, es lo propio de la demanda de responsabilidad.

Antes de cerrar este punto, cabe también analizar, así sea, brevemente el campo de aplicación de la responsabilidad extracontractual del Estado, para observar aún más las limitaciones restablecedoras del amparo. Para empezar, veamos el *campo de aplicación de la responsabilidad por falta o funcionamiento anormal.* Se trata de casos en que será necesario comprobar el funcionamiento anormal para que haya daño antijurídico y sea posible imputar los daños a la Administración.

- Los *actos administrativos ilícitos* (de efectos particulares o de efectos generales, negativos o positivos, y en todo tipo de materias -p. ej., para revocaciones ilegales de permisos de construcción, las sentencias de la CPCA, de 17-5-1984, caso *Tropiburger;* tamb. es claro aquí el caso de las pérdidas cambiarias -p. ej., CSJ-SPA, de 9-4-1987, caso *Protinal*), casos susceptibles normalmente de demandas de daños y perjuicios, aunque en muchas ocasiones susceptibles de ser objeto de acciones amparo constitucional. Como otro ejemplo, puede darse el caso de exclusiones ilegales de participar en licitaciones, lo cual también puede ser objeto de protección por vía de amparo. Si durante el tiempo de la indebida exclusión (lesión constitucional, falta del servicio) se producen daños, podrá ser igualmente procedente una demanda de responsabilidad.

- En general en materia de *abstenciones, retardos, promesas no cumplidas, informaciones erradas* (p. ej., inejecución de sentencias judiciales por la Administración; denegaciones ilegales de permisos de construcción, etc..; p. ej., el caso del hundimiento de un buque, el "Urquiola", debido a que las cartas otorgadas al capitán por la Comandancia de la Marina no eran correctas -TSE, 1983-; asimilar buques Lago de Maracaibo.) Aquí no cabe el amparo si ya se produjo un accidente. Pero si el retardo es en el otorgamiento de la carta marina, el amparo -o la abstención- podrían lograr que se cumpliera la obligación. Pero los daños por el retardo en la salida del puerto, sí podrían generar una demanda de responsabilidad extracontractual.

- *La actividad hospitalaria*[35]. En materia de accidentes y daños ocurridos en los hospitales generalmente procederá una demanda de daños. Se trata, por cierto, de una situación delicada en Venezuela, donde los ciudadanos no demandan a los hospitales públicos. En Colombia, en cambio, sí hay demandas e incluso se ha instaurado un régimen de falta presunta en todo lo relacionado con actos médicos o quirúrgicos, tal como espectacularmente viene de establecerlo la jurisprudencia colombiana.

---

[34] Vid., *La acción de amparo contra los poderes públicos*, obra cit., 1993.

[35] Tradicionalmente circunscrita, en lo que a falta simples se refiere, a las actividades no médicas y de organización del servicio, pero en la actualidad tal aplicación de la falta simple es susceptible de extensión a los actos médicos o quirúrgicos propiamente dichos; en este sentido, en Francia se ha abandonado la exigencia de una falta grave para los actos médicos -bastando ahora cualquier falta, inclusive simple- a los fines de la responsabilidad con la copernicana sentencia del Consejo de Estado francés de 10 de abril de 1992, caso *M. et Mme. V, AJDA, 1992,* p. 355 y ss.

(p. ej., en sentencias del CE. Col, de 1990, *M.H. Ayala* y de 1992, *H.E. Saltarín Monroy*). Hay que agregar aquí, los casos de contaminaciones del virus del SIDA, con motivo de transfusiones sanguíneas realizadas en centros y hospitales públicos, que han utilizado, y que siguen utilizando, productos contaminados. Como se entenderá, y de hecho así sucede -en los países que utilizan el sistema de responsabilidad- estos casos son objeto de la institución de la responsabilidad del Estado. En todo caso, existen múltiples supuestos en lo que sí puede tener sentido un restablecimiento *in natura*, siendo procedente el amparo constitucional -e incluso de medidas cautelares innominadas dentro de tal procedimiento- a los fines restablecer, detener o prevenir violaciones constitucionales, (p. ej., sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ordenando a los hospitales o instituciones públicas del sector salud la entrega y suministro a los pacientes contaminados con el virus VIH/SIDA de los medicamentos requeridos frente a la misma; también hay sentencias de la Corte Suprema de Justicia, por vía de amparo constitucional, protegiendo la intimidad y no discriminación de las personas contaminadas con el referido virus, CSJ-SPA, 20-01-1998, casos ciudadanos *J.R.B, D.L. y otros vs. Min. Defensa*).

Igualmente en materia de hospitales psiquiátricos (p. ej., los célebres casos de los novios -en España- y el *Bliek* -en Francia-). Aquí la responsabilidad es del hospital público, o de la República si es el caso. Sin embargo, también podría pensarse en un amparo para dejar libre o a prueba el enfermo mental, aunque queda la duda de qué pasa si luego el enfermo causa un accidente, ¿es posible la responsabilidad del Estado juez por la orden de amparo constitucional?, es decir, ¿podría entrar en juego la responsabilidad del Estado juez, por el error judicial o, incluso, por la actuación judicial normal?. Pensamos que sí.

- También responsabilidad en los casos de daños causados a los particulares por los *hechos o actividades materiales ilícitas de la Administración* (p. ej., para el caso de daños producidos por una ocupación ilegal por parte de las Fuerzas Armadas de un terreno de propiedad privada, sentencia de la CSJ-SPA, de 26-5-1994, caso *Asoc. Civil Educacional Avila)*. Aquí cabe el amparo para impedir la invasión o para sacar del lugar a las Fuerzas armadas y la demanda de responsabilidad para que sean indemnizados los daños ocasionados.

- Los *servicios penitenciarios,* normalmente darán origen a demandas de daños (p. ej., caso de muerte de presos, asesinatos maquillados, etc.. aquí hay posibilidad de presunción de falta o funcionamiento anormal -CAA de Nanes, 1991, *Sr. Onno*). Para muestra un botón: el caso de "La Planta", supuesto evidente de responsabilidad del Estado. Funcionamiento anormal por el hacinamiento, bomba lacrimógena lanzada dentro de la celda, etc.., teniendo los familiares derecho a ser indemnizados por la injustificada muerte de los reclusos. En este caso, el amparo no tiene nada que restablecer, sólo una indemnización pueda hacerlo. Un amparo podría ser posible, sin embargo, para lograr un cambio de celda o de establecimiento de un recluso que tenga amenazada su vida o integridad personal por encontrase en situaciones de acinamiento.

- Algunas *actividades materiales de policía y de rescate,* también en general se tratará normalmente de casos de responsabilidad patrimonial (en especial en la lucha contra los incendios, en las inundaciones y en operaciones de rescate difíciles, p. ej.,

llegada excesivamente retardada de los bomberos; o llegada al sitio del incendio con un camión cisterna de agua, pero vacío; tamb. caso del bombero que volvió al sitio del incendio luego de apagado para buscar unos materiales, y lanzó un cigarro en el piso y provocó el incendio de una granja; o simplemente ausencia de medios o falta de vigilancia luego de un primer incendio, como quizás fue el caso la Torre Europa, en Caracas en 1998; asimismo, caso de la toma del Palacio de Justicia en Colombia - fueron indemnizados los familiares de las personas muertas-, sentencia del CE. Col. de 19 de agosto de 1994; también responsabilidad por falta de adecuada seguridad, para el caso de los perjuicios ocurridos a un congresista que fue lanzado desde el segundo piso durante una gresca política en sesión de inauguración del Congreso - CE. Col. 1975-). Asimismo, el caso de los rehenes en el Perú, rescatados por una operación comando, bien que los familiares del magistrado que falleció en el rescate tienen derecho a ser indemnizado, sea por falta, o incluso por sacrificio particular.

- El caso del *servicio de la justicia*: responsabilidad patrimonial mas que amparo (p. ej., y mucho más ahora con las expresas normas de la Constitución de 1999, responsabilidad por error judicial en cualquier materia; también todo auto de detención y toda prisión seguida de sentencia absolutoria o de auto de sobreseimiento, debe generar derecho a indemnización; asimismo, los retardos judiciales pueden generar derecho a indemnización). En todo caso, también podría pensarse en amparo ante un excesivo retardo judicial en decidir, lesión constitucional, que a su vez sería. un funcionamiento anormal desde la perspectiva de la responsabilidad, a todo lo cual se suma la conocida y delicada figura del amparo contra sentencias[36] y también la del amparo sobrevenido[37].

- Los *daños accidentales* de los *"usuarios" de las obras públicas* (peatones, ciclistas, automovilistas que tienen accidentes al circular por las carreteras, calles o caminos, edificios, etc. -v. CPCA, 16-07-1997, caso *A. Fernández Orfao y B. González Marcano*- debiendo ser la Administración quien deberá probar el normal funcionamiento -buen mantenimiento-: p. ej., accidentes en de vehículos por huecos, obstáculos o mala iluminación en las carreteras ; para el caso de los daños originados en la muerte de un niño el cual cayó al vacío por el hueco de un ascensor el cual se encontraba descompuesto en un piso 12 de un edificio de la Administración, sentencias de la CPCA, de 20-3-1986 y de la CSJ-SPA, 4-3-1993, caso *Silvia R. Riera vs. INAVI*-; tamb. está el caso de la caída de parte de la estructura de la antigua Opera de París -CE, 1963-), casos donde normalmente la situación sólo puede restablecerse a través de una indemnización compensatoria por tratarse de hechos ya cumplidos e irreversibles. Sin embargo, no debe descartarse la utilización de amparo de manera preventiva, esto es, para obligar a la Administración para tomar medidas frente a situaciones evidentes de riesgos para la integridad de los particulares.

---

[36] Vid. RAFAEL CHAVERO GAZDIK, *La acción de amparo contra decisiones judiciales*, EJV-Funeda, Caracas, 1997; también su citado libro *El nuevo régimen de amparo...*, obra cit., pp. 481 y ss. Sobre este tema, también son muy importantes las reflexiones de ANTONIO CANOVA GONZÁLEZ, "Cinco tesis y un corolario sobre el amparo contra decisiones judiciales", en *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 9, 2000, pp. 35 y ss.

[37] Vid. RAFAEL CHAVERO GAZDIK, *El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela*, obra cit., pp. 522 y ss.

- También responsabilidad para los casos de *daños producidos a las "víctimas o involucrados" con " armas de dotación oficial"*, caso de responsabilidad (donde en Colombia, superando a Francia, existe un régimen de presunción de falta: sentencia del Consejo de Estado colombiano -CE. Col-, Sec. Tercera, SCA , de 1989, caso *Herrera Velásquez).* Es ilustrativo mencionar, que el Consejo de Estado colombiano dicta aproximadamente tres (3) sentencias por semana en materia de responsabilidad por actividad de policía. En Venezuela, en cambio, todavía no conocemos la primera sentencia de responsabilidad del Estado en esta materia.

5. *Sobre la responsabilidad extracontractual sin falta o por sacrificio particular y las limitaciones del amparo constitucional frente a este tipo de supuestos*

Pasando a otro punto, y si bien como hemos visto puede haber identidad y acercamiento -así como diferencias- entre el amparo y la responsabilidad del Estado por falta o funcionamiento anormal, también es sabido que la responsabilidad del Estado puede presentarse incluso en casos de actividad lícita, por ruptura -en el plano de los efectos de la actividad- del principio de igualdad ante las cargas públicas. Pues bien, en estos casos de actividad lícita ¿es procedente el amparo constitucional? La respuesta, en apariencia evidente, no es tan fácil. Es claro que la regla y en casi la totalidad de los casos, la presencia de una actividad lícita no será susceptible de amparo constitucional. Bien que son imaginables algunos supuestos, sin duda muy residuales, en los que pueda tener lugar un amparo.

En efecto, como bien lo sostiene el profesor JUAN CARLOS HENAO, "si bien no son numerosos los ejemplos en los cuales procede la tutela a pesar de encontrarse al origen de la vulneración o amenaza de los derechos una acción o una omisión lícita, no por ello se puede caer en el facilismo de afirmar que se requiere un comportamiento ilícito para que proceda la tutela"[38].

Sobre el particular, el referido autor da cuenta de algunos ejemplos colombianos. Así, de un caso en el cual se trataba de una acción de tutela que instauraron unos vendedores ambulantes buscando la protección de su derecho al trabajo, vulnerado por un acto administrativo que en aras del interés general buscaba la recuperación del espacio público. A pesar de que la Corte Constitucional (en sentencias T-224 a 400 de 17 de junio de 1992) considera que procede la protección al derecho fundamental al trabajo vulnerado por la lícita expedición de un acto administrativo que busca recuperar el espacio público, otorga una tutela transitoria, dejando la decisión definitiva de la legalidad del acto administrativo a la jurisdicción que le compete.

Como se encuentra dos derechos en juego, ambos igualmente legítimos, considera la Corte que "en este difícil equilibrio de intereses no queda duda de que una medida como la del alcalde municipal de Ibagué cumple los objetivos propuestos pues regula adecuadamente el uso del espacio público", pero también considera que "del libre ejercicio del derecho fundamental al trabajo depende la subsistencia de las familias de los vendedores ambulantes". Es así como resuelve el caso afirmando "que cuando una autoridad local se proponga recuperar el espacio público ocupado

[38] "La acción de tutela y la responsabilidad extracontractual...", *loc. cit.*, pp. 239.

por vendedores ambulantes titulares de licencias o autorizaciones concedidas por el propio Estado, deberá diseñar y ejecutar un adecuado y razonable plan de reubicación de dichos vendedores ambulantes de manera que se concilien en la práctica los intereses en pugna". Se observa, pues, que el juez constitucional, a la vez que protege el derecho constitucional al trabajo de los vendedores ambulantes, sin cuestionar la legalidad del acto administrativo que origina la vulneración del derecho, lo condiciona para que los intereses en conflicto puedan subsistir.

Según HENAO, "con el comportamiento del juez frente a esta situación, se puede afirmar que la acción de tutela procede en ciertos casos de amenazas o vulneraciones lícitas de la autoridad, puesto que, como ocurre en la acción de reparación directa, en la que se repara el daño particular y especial causado con fines de interés general, en la acción de tutela se puede pensar que es posible evitar la amenaza o la vulneración de un derecho constitucional fundamental particular cuando se considera que es causado en favor del interés general. El estudio del caso concreto llevaría así a analizar si amerita que se sacrifique el derecho constitucional fundamental particular en aras del interés general, y no proceda la tutela, o si por el contrario los dos intereses en conflicto pueden coexistir. Pero el juez no debe rechazar *ab initio* la pretensión de protección del derecho arguyendo la licitud de la actuación de la autoridad pública. La licitud del comportamiento de la autoridad, que permitiría suponer que no se puede así vulnerar o amenazar un derecho constitucional fundamental porque en la licitud de la actuación va envuelta una finalidad de interés general, plantea la necesidad de resolver la hipótesis"[39].

Y es que, en efecto, "es así como se debe mirar si el interés general reflejado en la actuación lícita de la autoridad lleva envueltos e implícitos derechos constitucionales fundamentales de otros particulares o derechos colectivos, pues de ser así, se requiere sopesar ambos. En esta labor tendrá primacía el derecho constitucional fundamental particular cuando el interés general, no supone la existencia de derechos de tal envergadura, o sea, si la actitud lícita de la autoridad que por definición supone un móvil de interés general, no contiene en sí misma la defensa de derechos constitucionales fundamentales de otras personas o la de derechos colectivos, sino que supone la existencia de otros de inferior jerarquía, debe dar lugar, obligatoriamente, a la procedencia de la tutela. Si al contrario el interés general supone la existencia de derechos de tal envergadura, habrá de sopesarse el tipo de derechos envueltos para tomar la decisión; esto es, si hay amenaza o vulneración del derecho constitucional fundamental particular, pero la conducta lícita de la autoridad no supone la existencia de derechos de esta índole o de colectivos, debe proceder la tutela. Al contrario, cuando el derecho constitucional fundamental vulnerado se opone a derechos constitucionales fundamentales envueltos en la actuación lícita, la procedencia de la tutela será un problema de valoración del juez frente a vulneraciones recíprocas de derechos.

En fin, "la procedencia de la acción de tutela implica entonces daño antijurídico, entendido en el sentido amplio de la amenaza o vulneración del derecho que la persona no está en la obligación jurídica de soportar, pero no procede siempre que haya daño antijurídico, pues si estamos frente a un derecho constitucional fundamental y a

[39] *Idem*.. pp. 240-241.

una conducta estatal lícita que envuelva al mínimo un igual derecho, el juez deberá examinar el caso concreto para decidir, teniendo en cuenta los principios generales de la interpretación para eventos en los cuales hay varios intereses en conflicto. En ello estriba una diferencia entre la acción de tutela y la de reparación directa, cuando la causa de ellas se encuentra en la actuación lícita. En efecto, en términos de la acción de reparación directa la comprobación del daño antijurídico supone siempre la procedencia de la acción. En este caso el juez, después de estimar que se impuso un sacrificio especial a un ciudadano en aras del interés general, procede a restablecer el equilibrio a través de la indemnización dineraria, pero en la acción, pues en su valoración de mayor importancia a los derechos que se oponen a aquellos vulnerados o amenazados en cabeza de un individuo. En estos eventos no le queda al accionante en tutela vía distinta que la de reclamar la indemnización dineraria que sufrió por la imposición del sacrificio especial que hubo de soportar"[40].

Lo anterior resulta un ejemplo interesante. Sin embargo, la regla es la contraria. Es decir, que en casos de actuaciones lícitas del Estado no procede el amparo, sino sólo la responsabilidad patrimonial cuando haya un sacrificio particular que rompe la igualdad ante las cargas públicas, dada la presencia de daños anormales y especiales en el plano de los efectos, sacrificio particular que hace antijurídico el daño ocasionado. No obstante, es aceptable argumentar que el amparo parece "suavizar" algunos efectos colaterales de la actividad lícita (e inevitable) la cual conllevará de todas formas una indemnización compensatoria. Pero en general lo que procederá será exclusivamente una demanda de daños y perjuicios.

Veamos en general el campo de actuación de la responsabilidad extracontractual sin falta o por sacrificio particular para demostrar lo expuesto.

Por una parte, están los casos de *daños no accidentales,*

- Los *daños no accidentales de los trabajos y obras públicas,* producidos por la existencia o por el funcionamiento de éstas (p. ej., los daños resultantes por la construcción de un puente cerca de un apartamento; p. ej., el caso de una instalación de una cabina telefónica a pocos centímetros de la casa de un particular -CE, 1978-; p. ej. los afectados por la instalación de un basurero municipal, o de un aeropuerto, una autopista, etc.; tamb. las privaciones lícitas de acceso a una tienda con motivo de las construcciones del Metro, etc). En el Metro, el interés general es mayor que el del particular, por lo que en principio sólo habrá responsabilidad.

- Los daños anormales de las *abstenciones, retardos o carencias lícitas* (p. ej. inejecución de sentencias justificadas, como es el caso de la imposibilidad, por razones de interés general, de desalojo de unas "tribus" indígenas de una propiedad, que era el supuesto de la famosa sentencia del Consejo de Estado francés en el caso *Couitéas* de 1923): responsabilidad patrimonial.

- Los daños anormales y especiales producto de *actos administrativos lícitos* que generan un "sacrificio particular", tanto de efectos individuales como de efectos generales, positivos o negativos: p. ej., CSJ-SPA, 27 de enero de 1994 -caso *Promociones Terra Cardón C.A.*-, en la cual, a la hora de decidir sobre la proyección legal de la figura del "Parque Nacional" y de las consecuencias de su declaratoria sobre un

[40] *Idem.*, p. 241.

particular, se estudia "el deber de indemnizar por parte de la Administración, ...*aun por sus actos lícitos*...". En este caso, en el entendido que el Decreto de declaratoria de Parque Nacional sea justificado o razonable, no resulta posible ejercer un amparo constitucional, sino solamente una acción de daños por actuación estatal lícita. Otro ejemplo, está en el caso francés de una revocatoria legal de un permiso de construcción, pues luego de otorgado el permiso y hecho el movimiento de tierra se encontraron unos vestigios arqueológicos. Hay responsabilidad, pero podría haber amparo, por ejemplo, para darle un plazo razonable para mover sus equipos.

Por otra parte, la responsabilidad por sacrificio particular alcanza otra serie de actividades que pueden causar *daños anormales y especiales por accidentes,* a saber:

- Los daños producidos *por accidentes de los trabajos y obras públicas* (especialmente -aunque no exclusivamente- a los terceros, tales como los producidos por conductores de electricidad, de gas y de agua -p. ej., para los casos de electrocución con cables y otras instalaciones eléctricas las sentencias de la CPCA de 11 de nov. de 1982 y de la CSJ-SPA de 11 de feb. de 1985, de 7 de marzo de 1989, caso *Nelson Molina y* de 5 de abril de 1994, caso *Nemecio Cabeza vs. CADAFE-;* tamb. TSJ-SPA, 2-5-2000 -caso *Cheremos y Otros/Elecentro-* y 15-6-2000 -caso *Germán Avilés/Eleoriente*; para los daños producidos en las carreteras altamente peligrosas y los producidos por caída de una valla o de una piedra en una autopista -p. ej. para el caso de una valla de señalamiento vial que se desprendió de su base cayendo sobre un vehículo y ocasionando la muerte del conductor, las sentencias de la CPCA de 5 de mayo de 1983, caso *F. L. Cabello Sánchez,* en apelación, de la CSJ-SPA de 19-7-1984-, o los producidos a un tercero por la ruptura de un tanque de agua de la Administración Pública lo cual ocasionó daños en la planta baja de su casa, la sentencia de la CSJ-SPA, de 30-11-1994 -caso *R. Gallardo vs. INOS-;* asimismo, para daños por trabajos públicos, CSJ-SPA, 29-10-1998 -caso *Franz Weibezahn vs CANTV y Oficina Técnica Dina-*). Frente a los daños ya ocasionados, en principio sólo hay restablecimiento por vía responsabilidad.

- También bajo el régimen de responsabilidad sin falta o por sacrificio particular pueden estudiarse los daños producidos a los "terceros" por *cosas peligrosas*: explosivos, armas de fuego, vehículos... (p. ej. los casos de "balas frías o perdidas" durante operaciones policiales -caso de herido en el café, CE 1949, *Lecomte-*, independientemente de si la procedencia de la bala es de las armas de los policías o de los ladrones, C. Cass. francesa 1986, *Pourcel*): responsabilidad patrimonial.

- Por *métodos y actividades peligrosas*: métodos liberales de reeducación de menores, salidas de prueba de enfermos mentales, permisos de salida de presos, métodos terapéuticos nuevos o experimentales o con riesgos excepcionales, vacunaciones obligatorias... (p. ej., el caso de "los novios" del Hospital psiquiátrico de Granada, TSE, 1975, en donde un enfermo se lanzó por una ventana y vino a caer encima de una pareja de novios, ocasionando la muerte de uno e hiriendo gravemente al otro). Responsabilidad en principio, bien que también el amparo puede tener funcionalidad.

- Responsabilidad por *situaciones peligrosas*: desórdenes, manifestaciones y tumultos callejeros, motines militares, atentados terroristas, etc., también cuando están asociados con armas y operaciones policiales (p. ej., daños ocasionados a un vehí-

culo que es utilizado como escudo durante una operación policial; p. ej., el caso de Terrazas del Avila, e incluso el caso de San Román, -aquí debe haber indemnización de los heridos y familiares por daños morales y materiales-).

Los daños sufridos por los *colaboradores ocasionales* de la Administración (p. ej., cuando una persona ayuda a los bomberos para apagar un incendio y sufre daños; tamb. caso de ayuda a rescatar personas en el mar; caso de un médico que se detuvo a ayudar a víctimas de una intoxicación de gas, sufriendo lesiones -CE, 1957, *Comm. de Grigny*-), supuestos en principio de responsabilidad.

6. *Sobre la ausencia de cosa juzgada material en el amparo constitucional y su carácter no estrictamente vinculante respecto a la responsabilidad extracontractual del Estado*

En relación al problema del amparo y la cosa juzgada, tema ya bien analizado por BELÉN RAMÍREZ LANDAETA en estas III Jornadas Colombo-Venezolanas de Derecho Público, es menester hacer algunas breves consideraciones. Como se pregunta JUAN CARLOS HENAO[41], si en la acción de tutela y en la acción de reparación directa se constata que la ilicitud o la licitud del hecho generador de la acción la hacen procedente, ¿significa lo anterior que en el evento de proceder la protección del derecho constitucional fundamental tiene que proceder obligatoriamente la reparación del daño? En otros términos, ¿basta para que se acredite el daño antijurídico en el proceso contencioso administrativo anexar la sentencia del tribunal en la cual se declaró procedente la acción de amparo con base en los hechos que analizó el primer juez? ¿Cuál es el alcance de lo decidido en tutela frente a la acción de reparación directa y cumplimiento?

Ante todo, debe recordarse que la sentencia de amparo no produce cosa juzgada material, sino solo formal, tal como lo confirma el artículo 36 de la Ley Orgánica de Amparo, aunque algunos autores dudan de esto[42]. Asimismo, la naturaleza de juicio sumario y rápido tiene incidencia en las respuestas a las preguntas mencionadas. Además, el análisis constitucional es "con vista" a restablecer y proteger; en la responsabilidad, en cambio, es con vista a indemnizar. También hay que recordar que la jurisprudencia sostiene que "el accionante del amparo debe invocar y demostrar que se trata de una vulneración constitucional *flagrante, grosera*, directa e inmediata"[43] de donde deviene que el análisis de "lesión o falta" constitucional en un amparo, no necesariamente es el mismo que en materia de responsabilidad, donde puede suceder que la violación a la obligación administrativa preexistente no era flagrante y grosera, pero sin embargo existía una violación, una falta o funcionamiento anormal (en especial en caso de actividades sometidas a la falta simple), susceptible de comprometer la responsabilidad patrimonial.

---

[41] *Idem.*, p. 243.

[42] En este sentido, RAFAEL CHAVERO GAZDIK, *El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela*, obra cit., pp. 537 y ss.

[43] *Exempli gratia*, Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa del 10 de Julio de 1991, caso "*Tarjetas Banvenez*".

Dentro de este contexto, cuando se declare improcedente o sin lugar una acción de amparo ello no excluye de plano que en un juicio de responsabilidad patrimonial se constate una falta de servicio y la consecuente responsabilidad administrativa.

En sentido inverso, aunque esto parece un poco menos probable que lo anterior, también es posible que un amparo constitucional sea declarado con lugar, y que los mismos hechos no sean constitutivos de una falta de servicio o funcionamiento anormal. En todo caso, es indudable que una inconstitucionalidad es un fuerte índice de anormalidad, por lo que será conveniente anexar a la demanda de daños la sentencia del juicio de amparo -de hecho sucede, más en materia civil que administrativa, la estrategia de algunos de "prefabricar" una falta a través de un amparo previo con lugar, para luego demandar daños y perjuicios-. Como hemos señalado, es posible entender, y esta tesis también la defiende el profesor HENAO, que en principio el "discurso" de la responsabilidad del Estado puede ser similar realizado en la acción de amparo o tutela. En todo caso, y remitiendo a lo expuesto anteriormente respecto a las relaciones entre ilegalidad, inconstitucionalidad y falta de servicio, debe tenerse en cuenta que si bien pueden existir similitudes argumentativas, los discursos jurídicos del amparo y de la responsabilidad pueden también tener ciertas diferencias y autonomía, pudiendo darse el caso de inconstitucionalidades (sancionables por vía de amparo) pero que, en función de los *standards* presentes en cada caso concreto, sean excusables (desde la perspectiva de la responsabilidad) y no se configuren como faltas de servicio. En todo caso, y frente a los supuestos en los cuales sí exista coincidencia entre la inconstitucionalidad (en amparo) y el funcionamiento anormal (en responsabilidad), ello no implica que el Estado será siempre condenado en daños y perjuicios, pues adicionalmente habrá que probar los daños y la relación de causalidad -donde hay causales de exoneración y atenuación-).

Como dice el profesor HENAO, "existe una disociación", según el artículo 28 del Decreto 2591 de 1991, "entre lo que se juzga a través del proceso de tutela (o de amparo) y lo que se juzga mediante otro proceso en el cual haya otras responsabilidades de por medio, hasta el punto de que lo que en uno se declare improcedente, en el otro puede dar lugar a una declaratoria de responsabilidad. Siendo ello así, se puede afirmar que los efectos de la cosa juzgada de la tutela no cobijan otros procesos en los cuales esté de por medio una declaratoria de responsabilidad. Ello es apenas natural y coincide con la filosofía misma de la acción, ya que ésta está concebida como una acción preferente y sumaria, que no tiene pretensión diferente que la de proteger un derecho constitucional fundamental... En este punto se debe partir de lo enunciado en el literal anterior: si se consideró que el haber permitido que una visita privada domiciliaria del ISS vulneró el derecho de intimidad, al ser realizada en compañía del jefe de trabajadores de una empresa particular, ¿se debe considerar que hay indemnización por ejemplo por perjuicio moral, de existir? Si se consideró en la acción de tutela que el dar informaciones infundadas sobre la calidad de guerrillero de una persona, que a la postre no lo era, permite la protección frente a la amenaza del derecho a la vida conculcado, ¿se debe considerar que el perjuicio sufrido con ese hecho tiene que ser indemnizado obligatoriamente a través de la acción de reparación directa, previa declaración de responsabilidad del Estado? Es decir, ¿la procedencia de la acción de tutela supone que el juez de lo contencioso

administrativo en el proceso de reparación directa por lo mismos hechos que se juzgaron en tutela tiene que declarar la responsabilidad?"[44].

Hay, en definitiva, una disociación en ciertos niveles entre responsabilidad constitucional (por vía de amparo), responsabilidad penal y responsabilidad patrimonial del Estado. Bien que, como se dijo, el razonamiento o discurso argumentativo en el amparo puede acercarse al de la responsabilidad, es decir, que la antijuridicidad constitucional puede normalmente llevar como regla a una antijuridicidad patrimonial. Cuestión que, en el plano formal o positivo, no es una regla estipulada, por lo que el problema se reduce a un contexto práctico y de análisis *in concreto* de aplicación jurisprudencial.

Para retomar un ejemplo, y no habiendo cosa juzgada, también podría suceder lo siguiente: piénsese, en materia de *hospitales psiquiátricos*, en el caso de los novios de Granada (España) o en el caso Bliek (Francia). Aquí la responsabilidad es del hospital público, o de la República. Pero cabe preguntarse si sería procedente un amparo para dejar libre o a prueba (aunque sea unas horas) a un enfermo mental a quien se le tiene amarrado las 24 horas del día ¿que pasa si luego causa un accidente? El responsable podría ser el mismo poder judicial por la orden de amparo, si luego en el juicio de conocimiento completo se concluye que no hubo falta de servicio del hospital psiquiátrico, sino que el funcionamiento anormal fue el del juez de amparo. Incluso, podría concluirse que no hubo funcionamiento anormal, sino normal del servicio de la Justicia (pues la sentencia de amparo nunca fue anulada), pero en todo habría responsabilidad sin falta o por sacrificio particular.

La inversa también es posible: el juez de amparo sostiene que el hospital público, al tener amarrado al enfermo no viola ningún derecho constitucional, dada la condición del enfermo. Sin embargo, el paciente muere por falta de movilidad y libertad mínima. Aquí, podría suceder que luego en un juicio de conocimiento completo -con pleno ejercicio del derecho a la defensa y las pruebas- se demuestre que sí era técnicamente un error amarrar al enfermo las 24 horas del día, pudiendo haber responsabilidad del Estado (en principio del hospital -por tener más elementos- que del juez de amparo, por tratarse de un juicio de conocimiento incompleto, salvo por error manifiesto del juez).

II. IMPROCEDENCIA E INCONVENIENCIA DE OTORGAR DAÑOS Y PERJUICIOS A TRAVES DE LA ACCION DE AMPARO CONSTITUCIONAL

1. *Los vías naturales para demandar la responsabilidad extracontractual del Estado. La posibilidad legal en Colombia, y la imposibilidad en Venezuela, de solicitar indemnización a través del amparo*

¿Cuáles son los recursos o las acciones disponibles en Venezuela para demandar daños y perjuicios contra la Administración?

Primero, están los *recursos contencioso-administrativos (de anulación de abstención)*, con los que puede presentar conjuntamente una solicitud de daños y perjuicios (art. 259 CN y 131 LOCSJ).

---

[44] *Idem.*, pp. 243-244.

Segundo, las llamadas *demandas contra los entes públicos* (en relación a estas últimas todavía, entre grandes contradicciones jurisprudenciales, se sigue exigiendo el antejuicio administrativo, lo que en nuestra opinión es inconstitucional, por violación al derecho a la tutela judicial efectiva -arts. 26,49, 257 y 259 de la Constitución).

¿Es posible demandar daños y perjuicios a través de una acción de amparo en Venezuela? A diferencia que en Colombia[45], en nuestro país la respuesta es negativa. Ni la ley, ni la jurisprudencia permiten tal acumulación de pretensiones. De hecho, la misma Constitución parece imponer este análisis cuando, por un lado, disponía en su artículo 49 que el amparo es "restablecedor", expresión que también retoma el artículo 27 de la Constitución de 1999. Y cuando, por otro lado, establece en su artículo 259 (antes 206) que el juez competente para condenar al pago daños y perjuicios por la responsabilidad de la Administración, es el juez contencioso administrativo, distinguiendo además de las facultades de condenar al pago e indemnizar y restablecer situaciones jurídicas subjetivas.

Asimismo, la jurisprudencia es categórica y reiterada en el sentido de considerar improcedente al amparo constitucional para obtener el pago de sumas de dinero (a través de órdenes genéricas), ni tampoco a través de solicitudes directas de indemnizaciones por medio del juez de amparo. Por ejemplo, entre muchas otras decisiones, en sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, de fecha 8 de noviembre de 1990 (caso *J. Rondón vs. Min. de Educación*) se reitera que "visto que la sentencia de amparo sólo produce efecto de cosa juzgada formal, por lo que mal podría una sentencia de este tipo condenar a alguien al pago o a una reparación de tipo económico".

En una perspectiva similar, en sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa, de fecha 1-8-1991 (caso *M. Pérez vs. Min. de Educación*) se recuerda lo siguiente:

> "...la Sala reitera reitera lo que ya es jurisprudencia constante en la interpretación de la normativa sobre esta materia, en el sentido de que, por definición, el amparo como acción especialísima que es, no puede tener efectos creadores de derechos, sino restablecedores

[45] Donde el artículo 25 del decreto 2591 de 1991, dispone lo siguiente: "Indemnización y costas. Cuando el afectado no disponga de otro medio judicial, y la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, además de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, en el fallo que conceda la tutela, el juez de oficio, tiene la potestad de ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho, así como el pago de las costas del proceso. La liquidación del mismo y de los demás perjuicios se hará ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo o ante el juez competente, por el trámite incidental, dentro de los seis meses siguientes, para lo cual el juez que hubiere conocido de la tutela remitirá inmediatamente copia de toda la actuación. La condena será contra la entidad de que dependa el demandado y solidariamente contra éste, si se considerara que ha mediado dolo o culpa grave de su parte, todo ello sin perjuicio de las demás responsabilidades administrativas, civiles o penales en que haya incurrido. Si la tutela fuere rechazada o denegada por el juez, éste ordenará al solicitante al pago de las costas cuando estimare fundadamente que incurrió en temeridad". Sobre el tema, vid. JUAN CARLOS HENAO, "La acción de tutela y la responsabilidad extracontractual...", *loc. cit.*, pp. 248 y ss.

de los mismos; asimismo que tampoco, a través de este medio puede obtenerse reparación de tipo económico o cualquier otra forma de indemnización"[46].

Igualmente, en principio, consideramos que no es conveniente que dentro de juicios autónomos de amparo se ventilen pretensiones de daños y perjuicios[47]. Y ello especialmente por la naturaleza *restablecedora* y también por el carácter de juicio sumario (y normalmente de conocimiento incompleto). La responsabilidad patrimonial, como regla, requiere de un juicio de conocimiento completo y una actividad probatoria más pausada.

Nótese también que la jurisprudencia sostiene que "el accionante del amparo debe invocar y demostrar que se trata de una vulneración constitucional *flagrante, grosera*, directa e inmediata" (*exempli gratia*, Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa del 10 de Julio de 1991, caso "*Tarjetas Banvenez*"). Y es que no podía ser de otra forma, pues el procedimiento de amparo es un proceso rápido, *sumario*, una suerte de microdebate. Pues bien, dada la cognición rápida y en ocasiones incompleta del asunto, se requiere para su procedencia que la supuesta lesión a los derechos constitucionales sólo aparezca *prima facie*, esto es, que ello se presente a primera vista, de forma clara, tangible, manifiesta o grosera. Esto, en materia de responsabilidad patrimonial, no es así. El asunto debatido normalmente no puede ser resuelto a través del proceso de amparo, entre otras por la complejidad, lo que requiere de un procedimiento más lento y de conocimiento técnico y completo.

En este sentido, tiene razón NÉSTOR SAGÜÉS cuando escribe lo siguiente: "El amparo existe, como bien se ha dicho, para subsanar una grosera turbación de los derechos humanos constitucionales; y si tal lesión no es clara, explícita, palmaria (fáctica y legalmente), la acción de amparo -remedio excepcional y residual, rápido y sumario-, no es la vía correcta para resolver el problema"[48].

Tal como lo señala GUSTAVO LINARES BENZO, "la existencia de los procesos normales, *id est*, de procesos de conocimiento completo, es necesaria para el ejercicio pleno del derecho a la defensa, constitucional en Venezuela. Si mediante el amparo se tramitasen pretensiones que correspondan a otros procesos, pretensiones que exigen un cuidadoso examen y un debate normal, el juez tendría que decidir sin la debida ponderación y, tratándose de proteger un eventual derecho constitucional, se estaría ciertamente lesionando otro del mismo rango: el de la defensa... La justicia humana no puede ir siempre tan rápido, so pena de convertirse en injusticia"[49].

Sin embargo, sí es posible en Venezuela encontrarse en un mismo proceso con pretensiones de amparo y responsabilidad administrativa. Nos referimos al caso de los amparos cautelares, intentados conjuntamente con un recurso contencioso de nulidad o de abstención. Nada impide, por ejemplo, que dentro de un juicio de nuli-

---

46 En sentido similar, entre otras decisiones, sentencia de la CSJ-SPA, 28-11-1996, caso *Industrias Trial*, en *JCSJ, Oscar Pierre* Tapia, núm.11, 1996, p. 27.

47 Esta tesis también es defendida por RAFAEL CHAVERO GAZDIK, *El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela*, obra cit., pp. 326 y ss.

48 *Acción de Amparo*, obra cit., pág. 232; en el mismo sentido BARTOLOMÉ FIORINI, *Acción de Amparo*, LL, 124 - 1367; ALÍ JOAQUÍN SALGADO, *Juicio de Amparo y Acción de Inconstitucionalidad*, Buenos Aires, 1987, pp. 52 y ss.

49 *El Proceso de Amparo en Venezuela*, Caracas, 1993, págs. 71 y 72.

dad de un acto administrativo, se intente conjuntamente una pretensión de amparo (artículo 5 LOA) y una pretensión de daños y perjuicios (art. 259 CN y art. 131 LOCSJ), todo por el mismo acto administrativo. No obstante, aquí el amparo puede versar sobre una pretensión muy distinta a la pretensión indemnizatoria. Pero también puede haber relación, como sucede con los actos administrativos que niegan pensiones de retiro. Aquí, es posible pensar en un recurso de nulidad, en solicitud de daños ya ocurridos y en una medida cautelar de amparo para que mientras dure el juicio se ordene el pago mensual de las pensiones o jubilaciones, especie de *référé provision* francés (sobre esto hay jurisprudencia, CSJ-SPA, 06-10-1992, caso *Mayor Antonio Rodríguez*; 15-10-1992, *Rafael Inciarte*; 19-11-1992, *Mayor Freddy Davalillo*; 19-10-1995, *Esther Martínez* -aunque en estos juicios no había demanda de fondo de daños y perjuicios-).

Asimismo, y a pesar de lo dicho anteriormente respecto a la improcedencia de principio de las indemnizaciones a través del amparo constitucional, debemos reconocer que nos queda la duda de si, en ciertos casos extremos en los cuales sea evidente y fácil la apreciación de un daño moral, podría de una vez otorgarse dicha indemnización a través de la sentencia de amparo. Piénsese, por ejemplo, en una actuación administrativa que viole el derecho a la libertad (una detención policial o administrativa manifiestamente arbitraria) o el derecho a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad (por ejemplo, un acto que haya ordenado irrumpir en una vivienda de un particular sin motivo alguno) y que tales actuaciones sean restablecidas por vía de un juicio de amparo. En este tipo de casos, quizás, podría ser fácil para el juez de amparo el determinar la existencia de un daño moral alegado por el accionante, daño que puede ser apreciado *ex aquo et bono*, esto es, según el sano criterio del juez, y ordenar su indemnización en la misma sentencia, con lo cual se evitaría el particular el tener que acudir a un juicio posterior por la reclamación de dicho daño moral (esta idea, por lo demás, podría incluso extenderse a algunos daños ciertos y probados fehacientemente). Este tema, por lo demás, también pone en contacto con las reflexiones que han hecho algunos doctrinarios, respecto a que el amparo constitucional sí puede ser anulatorio y de la noción de restablecimiento puede tener un alcance más amplio que el tradicional, ideas interesantes que no deben descartarse de plano. En todo caso, tal como vimos, no desconocemos la existencia de serios argumentos, jurídicos y prácticos, que más bien postulan la radical improcedencia de daños y perjuicios a través del amparo constitucional, tesis a la cual por lo pronto preferimos inclinarnos, también por razones de seguridad jurídica.

Valga también señalar respecto a las conexiones amparo-responsabilidad, que, sea por vía de un recurso amparo, un recurso de nulidad conjuntamente con responsabilidad o demanda directa contra un ente público, también puede estar presente el problema de la *(in)ejecución de las sentencias*. Como es sabido, la ejecución de sentencias contencioso administrativas se ha visto ridiculizada ante la burla de la Administración por una "supuesta" ausencia de vías de ejecución forzosa, a la luz de argumentos, hoy insostenibles: la "leyenda" de la inembargabilidad de los bienes o caudales del Estado (artículos de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional y de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República), el "mito" de la legalidad presupuestaria y hasta el endeble argumento de que el juez no debe "sustituirse" a la Administración, principios todos que han quedado superado en casi todo

el mundo y que sin duda presentan grandes dosis de *inconstitucionalidad,* pues son contrarios al derecho a la tutela judicial efectiva y a muchos otros principios y derechos constitucionales[50]. La no ejecución de la sentencia, suele ser, así, un problema común a las sentencias de amparo y de responsabilidad, aun cuando respecto a las primeras suele haber mayor respecto, pues la misma Ley Orgánica de Amparo (art. 31) establece que quien incumpliere el mandamiento de amparo será castigado con prisión de 6 a 15 meses. En todo caso, también es común la posibilidad de demandar por los daños y perjuicios adicionales que cause un ente o una persona al incurrir en incumplimiento o desacato de una sentencia, sea de amparo o de responsabilidad.

2. *Consideraciones adicionales sobre la inconveniencia de demandar daños y perjuicios a través del amparo. La funcionalidad natural de la institución de la responsabilidad para tal fin*

Sobre los inconvenientes de demandar daños y perjuicios a través del amparo, el profesor HENAO, también expone una serie de argumentos que resulta interesante resumir, pues los mismos son crítica directa a la propia legislación colombiana (Decreto 2591 de 1991) que pretendió la instauración de la posibilidad de indemnización a través de la acción de tutela[51]. En este sentido, señala este autor que "varios argumentos permiten en efecto predicar que la acción de tutela es excluyente con la indemnización de perjuicios y que la compensación dineraria no debe inmiscuirse en dicha acción". Entre ellos: "La acción de tutela es preventiva, en el sentido de pretender que se suspenda la vulneración del ordenamiento jurídico, en tanto que la indemnización de perjuicios supone que la vulneración ya se consumó y que tan sólo puede compensarse en dinero... Mal podría repararse un perjuicio que, al menos teóricamente, se pretende evitar gracias a la tutela. Se podría argüir que un perjuicio consumado puede continuar produciendo efectos que hacen necesaria la tutela, siendo en este caso diferente la crítica, como pasa a verse; Si de lo que se trata es de evitar un perjuicio irremediable que sin embargo ya tiene parte de consumado, no se ve por qué la acción de tutela puede buscar compensar en dinero la parte del perjuicio ya consumado, siendo que para ese propósito existe otro medio de acción judicial, cual es por ejemplo la acción de reparación directa. No hay que olvidar que a pesar de que la tutela procede cuando continúe la acción u omisión del derecho en el evento de un perjuicio consumado, precisamente lo que se busca con ello es evitar que continúe dicha acción u omisión en la parte no consumada del perjuicio. Para

[50] Vid. tamb. LUIS A. ORTIZ-ALVAREZ, "Cinco nuevas grandes decisiones de la jurisprudencia contencioso administrativa", en *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 9, Ed. Sherwood, Caracas, 2000, pp. 321 y ss.; en particular los comentarios allí contenidos sobre la ejecución de sentencias.

[51] Este autor, por lo demás, también retoma las ponencias que sobre reforma a la acción de tutela cursan en el Congreso de la República de Colombia relativas a la posibilidad de indemnizar perjuicios a través de la acción de tutela prevista en el artículo 25 del decreto 2591 de 1991. Así la ponencia para primer debate a los proyectos de ley estatutaria 144/92 y 157/92 expresaban ya los riesgos e inconvenientes de la referida regulación (vid. *Gaceta del Congreso*. Bogotá, miércoles 18 de noviembre de 1992, p. 8). Tales debates, según HENAO, son muestra de cómo el legislador no ha realizó un análisis profundo de lo que intentó regular.

ello, el igual que en la hipótesis anterior, se busca prevenir pero no compensar, pues esto último es ajeno a la acción de tutela".

Luego agregar el profesor colombiano: "Si de lo que se trata es de permitir el goce efectivo del derecho conculcado, debe entenderse que dicho goce se puede lograr precisamente a través de las órdenes de hacer o de abstenerse de hacer que se pueden impartir a la administración, pero nunca a través de una supuesta indemnización compensatoria. La indemnización busca reparar, en tanto que la obligación de hacer que puede ordenar el juez a la administración busca permitir el goce del derecho constitucional. Con ello se quiere decir que si bien en determinados casos el juez de tutela puede considerar que para el goce efectivo del derecho se requiere que la administración realice actuaciones que tengan valor dinerario, no con ello se puede considerar que dicha obligación es indemnizatoria, precisamente porque no repara sino que previene". Asimismo, señala que "la celeridad del proceso de tutela choca frente a la posibilidad de indemnizar perjuicios puesto que, o estaríamos en casos de violación flagrante del derecho de defensa", y, por otra parte, que "la problemática que genera la necesidad de acudir al incidente de liquidación de perjuicios es, por decir lo menos, de difícil solución, máxime si se tiene en cuenta que en ninguna de las sentencias referidas la Corte Constitucional, como lo hace su homólogo el Consejo de Estado, ha dictado las bases para que posteriormente con ellas se realice el incidente, como es lógico que fuere". De seguidas sostiene, con razón, que "los argumentos para considerar que la cosa juzgada del fallo de tutela no alcanza los otros procesos de responsabilidad, los cuales se encuentran sintetizados en el enunciado del artículo 28 del decreto 2591 de 1991, permiten también afirmar que la indemnización de perjuicios no debe proceder en este proceso. En efecto, si los alcances de la cosa juzgada del fallo de tutela son relativos respecto de los otros procesos, ¿cómo se puede ordenar una indemnización que podría ser cuestionada en otro proceso? Ello supondrá un ilógico jurídico".

En fin, afirma HENAO que "la constitucionalidad misma del artículo 25 del decreto 2591 de 1991 es bastante cuestionable. En efecto, cuando el artículo 86 de la Constitución Nacional establece la forma como se hará la protección del derecho constitucional fundamental vulnerado o amenazado, al hablar de que ella "consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo", no incluye la posibilidad de indemnizar perjuicios dentro de las formas como el juez debe proteger el derecho. En esto hay, pues, una extralimitación respecto de la norma constitucional, puesto que a través del decreto se incluye una posibilidad que no estaba en la mente del constituyente". Para concluir su artículo el profesor HENAO utiliza unas palabras del maestro JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO, cuya autenticidad y contenido ilustrativo también nos obliga a retomarla aquí : hay que evitar "que ocurra lo que ha ocurrido en otras latitudes en donde simplemente el recurso de amparo por pretender serlo todo, terminó no siendo nada".

En definitiva, y así se desprende de toda la argumentación que precede, el amparo constitucional no es ni debe ser la vía adecuada para canalizar pretensiones indemnizatorias, cuestión sobre la cual la buena parte de la doctrina parece compartir. Así, por ejemplo, GUSTAVO LINARES BENZO escribe que "el amparo sólo puede resolverse en sentencias que ordenen un restablecimiento, pero nunca ordenando indem-

nizaciones"[52]. En el mismo sentido, HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ, al estudiar el efecto restablecedor que requiere el amparo, ha escrito que los jueces deben "examinar la pretensión dilucidada en el libelo, a fin de determinar si la misma tiene efectivamente como objeto tal consecuencia, o si, por el contrario, tiende a obtener un beneficio que no constituye el simple restablecimiento de la situación lesionada, sino que posee un carácter más complejo, como es el caso de las condenas indemnizatorias"[53]. Si de lo que se trata, pues, es de cuestiones indemnizatorias, el amparo no es la vía idónea para resolver tales pretensiones. Estas cosas, son, indubitablemente, "ajenas al amparo" (NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS).

Para cerrar estas breves notas, valga afirmar, una vez más, que no todo -como es costumbre venezolana- debe tratar de encausarse dentro del marco de los recursos de nulidad o, peor, dentro del contexto especial del amparo constitucional. En realidad, para los particulares también es importante, y muchas veces quizás más importante, el ser debidamente indemnizados por los daños provenientes de la actividad o inactividad administrativa, situaciones patrimoniales muchas veces subyacentes en gran parte de los casos que sólo se ventilan por recursos de amparo, de nulidad o de abstención. De allí que sea fundamental, y para ello hay respaldo normativo constitucional categórico, la utilización resuelta de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado, especialmente -aunque no exclusivamente- en materia de responsabilidad por falta o funcionamiento anormal, la más evidente y de urgente utilización, dado también su carácter moralizador del comportamiento de los entes públicos.

---

52 *El proceso de amparo...*, obra cit., 1993, p. 49.

53 *Amparo Constitucional*, obra cit. p. 86.