

## Responsabilidad del Estado por la actividad jurisdiccional en la ley estatutaria

### LA RESPONSABILIDAD

El postulado general en esta materia, hasta bien entrado el siglo XVIII, era el de la irresponsabilidad. Irresponsabilidad del individuo que causa un daño, pues sólo garantiza a la víctima cuando obra con culpa; irresponsabilidad del Estado, porque se consideraba que los asociados debían soportar la carga pública que significaba vivir en comunidad, en virtud del pacto social.

Siendo connatural al individuo el libre albedrío, esto es, existiendo la posibilidad de escoger entre el bien y el mal, la conducta del sujeto es la determinante, para que responda. Y siendo —dentro del mismo esquema— el hombre malo por naturaleza, debe soportar el mal menor que le supone asociarse.

Las revoluciones burguesas de finales de dicho siglo plantean la necesidad de controlar al Estado. Lo dividen en ramas para que ellas se contrapesen. Dividir es asumir la necesidad de responder. Inglaterra y Francia deponen sangrientamente a sus reyes y con ello afirman que los monarcas han dejado de ser absolutos, para someterse al control político de los ciudadanos. La ideología liberal pregonaba un incipiente grado de responsabilidad política.

El desarrollo económico capitalista, ante el que ninguna muralla ni barrera resiste, trae consigo el crecimiento del Estado, a la par que el intercambio de bienes, el desarrollo de la sociedad industrial y una mayor posibilidad de causar daño.

Los juristas responden a este desafío con la idea de responsabilidad. Responsabilidad del individuo y del Estado.

Al criticar la ideología que domina la Constitución de 1886, Ligia Galvis explica cómo en el esquema clásico demoliberal, la responsabilidad es el eje alrededor del cual giran individuo-sociedad-Estado; al paso que en el esquema escolástico, imperante en nuestro ordenamiento, el Estado todopoderoso y paternalista no debe rendir cuentas a los ciudadanos.

La noción que se extraña es primordialmente política, pero se amplía extra fronteras al campo patrimonial, de donde nuestros jueces la tomaron admitiendo excepcionalmente la responsabilidad, y para ello invocaron las fórmulas de la culpa, contenidas en el ordenamiento privado.

Existiendo en el Derecho Público una fórmula de irresponsabilidad absoluta, el único camino que encontró la judicatura para admitir el rompimiento de tal postulado fue la aplicación de las disposiciones del Código Civil<sup>2</sup>.

Se respondió así a la hipertrofia estatal, originada en la entonces novísima teoría del servicio público. Respuesta esta que no tenía solución distinta posible, si se advierte que el juez competente para conocer de aquellos asuntos era el ordinario.

A partir de 1941 se escindió la competencia de los jueces en la materia. Se distinguía entonces, la actividad del Estado como particular de la propiamente estatal impositiva, asignando su juzgamiento en el segundo caso al administrativo<sup>7</sup>.

Una sentencia luminosa de julio 29 de 1947, dictada en proceso donde el demandante reclamaba contra el obrar administrativo, por fuera de los cauces legales, dio lugar a que el Consejo de Estado, motivado por la razón primerísima de ser justo, pero sin dejar de lado la necesidad de reconocer la oportunidad de las medidas tomadas por el gobierno, admitiera por primera vez el daño especial<sup>8</sup>.

Después de ello, el reconocimiento de una responsabilidad fundada en normas propias, comunes a todos los casos, se gestó el 2 de febrero de 1960<sup>5</sup>.

Dos años después, la Corte Suprema de Justicia, apuntaló definitivamente la materia, en una sentencia con ponencia del inolvidable maestro José J. Gómez, sin saber que en 1964, definitivamente el tema de la responsabilidad del Estado, se apartaría de los tribunales ordinarios, con motivo de la expedición del Decreto 528, llevándose la semilla tan bien sembrada<sup>4</sup>.

No quiero pasar inadvertidos los alcances de las providencias de 1947 y 1962, muy similares en su contenido al artículo 90 de la actual Constitución. La de 1947, en tanto, afirma que todo daño debe ser resarcido; y la de 1962, en tanto que predica que el Estado sólo se exonera de responsabilidad probando el rompimiento del nexo causal.

Institucionalizada ya la responsabilidad del Estado y restablecido un Juez único -para los casos de obrar estatal propio<sup>7</sup>-, le correspondió al mismo establecer los límites dentro de los cuales se presentaba tal responsabilidad en ausencia de preceptos de orden legal.

Uno de los campos donde fue más remisa la posibilidad de reconocerla fue el de la actividad judicial. Si inicialmente no se consagraba la posibilidad y ella apenas se abría paso tímidamente, con mayor razón resultaba impensable admitirla frente a la actividad de los jueces. Recordemos cómo era constante el criterio según el cual no había lugar a que el Estado asumiera cargas patrimoniales por decisiones de quienes juzgaban<sup>8</sup>.

El panorama del derecho de la responsabilidad hasta 1991 mostraba una figura genérica por falla o falta de la administración, al lado de la cual se abrió paso una responsabilidad objetiva por expropiación, por ocupación permanente, por ocupación temporal, por riesgo excepcional, por depósito, por daño especial y, dentro de esta, algunas hipótesis aisladas por hecho de las leyes y por daños causados con ocasión de la actividad de los jueces.

El constituyente de 1991 decidió consagrar en el artículo 90 la responsabilidad del Estado, copiando en buena medida la normativa española, pero sin separar como allá, la relativa a la rama jurisdiccional.

Se consagró una responsabilidad apoyada en la existencia de un daño, una imputación de ese daño, una no soportabilidad por parte de la víctima (antijuridicidad) y una relación de causalidad entre las dos primeras.

En principio se dice que el Estado debe responder de todo perjuicio que cause. Se habla así como regla general de una imputación objetiva. Excepcionalmente se ha previsto una antijuridicidad subjetiva, donde resulta indispensable no sólo la relación cau-

sal, entre el obrar del Estado y el perjuicio de la víctima, sino la existencia de una falla de la administración.

Precisamente uno de los campos donde la responsabilidad del Estado es subjetiva, saliéndose del principio general de antijuridicidad objetiva, es la responsabilidad del Estado por hechos o decisiones tomadas durante la importación de justicia que la ley estatutaria pretende desarrollar en sus mandatos 65 a 74, capítulo VI, que trata precisamente de la responsabilidad del Estado, de sus funcionarios y empleados judiciales, y que viene a ser tema obligado de este trabajo.

La primera parte del artículo 65 del estatuto comentado viene a ser una copia textual del contenido de la primera parte del artículo 90 de la Constitución, con la especificidad respecto del sujeto, pues la expresión "autoridades públicas" de la disposición superior, se cambia por la de "agentes judiciales".

En las normas siguientes se consagran los principios que regulan la responsabilidad. Una primera aproximación nos permite comprender que la responsabilidad de la administración de justicia se puede abordar desde el punto de vista de los sujetos, o desde el punto de vista del objeto. Lo primero, atendida la condición de quienes cumplen la función, lo segundo, atendida ella en sí misma.

Visto el tema desde la perspectiva de los sujetos, encontramos a su vez dos clasificaciones: una orgánica y otra material. Orgánica atendida su estructura, y teniendo como tales a quienes forman parte de la rama judicial; y material, visto el sujeto ya, desde la óptica de quienes realmente administran justicia.

Examinado el tema, encontramos que la correspondiente a la impartición de justicia no se identifica con quienes orgánicamente forman parte de dicha rama.

a) El artículo 11 de la ley estatutaria nos indica que la rama judicial del poder público está constituida por los órganos que integran las distintas jurisdicciones, la Fiscalía General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura. Precisándonos que aquellas son: la jurisdicción ordinaria, la de lo contencioso administrativo, la constitucional, la de paz y de las de comunidades indígenas. Comprendiéndose en ella el Instituto de Medicina Legal, establecimiento público del orden nacional, adscrito a la Fiscalía en virtud a lo dicho en el artículo 31 de la misma ley",

b) Funciones administrativas de autoridades jurisdiccionales. Quienes forman la Rama Judicial de Poder Público cumplen funciones administrativas, que no caben dentro de la denominación de responsabilidad por impartición de justicia.

Así, se le asignan funciones de tal raigambre a la Sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, en los artículos 79, 80, 85, 86 y 87 de la misma ley; a la sala plena de la Corte Suprema de Justicia, en los artículos 17 y 53; funciones administrativas a la Fiscalía General de la Nación, según el artículo 30; al Consejo de Estado en los artículos 35, 53, 36 y 38; a los Tribunales en el artículo 41; a los Consejos Seccionales en los artículos 100 y 101; a la comisión interinstitucional de la Rama en el artículo 96; a la Dirección Ejecutiva, en el artículo 99; a la Comisión Seccional Institucional, en el artículo 101 y al Director Seccional, en el artículo 103.

c) En conclusión, la mayoría de los entes que forman la rama cumplen, como norma general, funciones jurisdiccionales, pero en tanto que cumplan las de otro orden su responsabilidad será administrativa.

Ahora bien, para efectos fiscales, toda condena contra un órgano de esta naturaleza, con independencia de que su función sea o no judicial, será con cargo al presupuesto de la rama.

Como corolario, anótese que por efectos presupuestales, la condena se deberá cargar al presupuesto de la rama.

#### RESPONSABILIDAD POR DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA JUSTICIA

Tampoco existe una identidad entre función y responsabilidad. No puede decirse que todo aquel que las cumpla está en su obrar sometido a la responsabilidad de tal raigambre:

a) Hay funciones judiciales de órganos judiciales que no dan lugar a responsabilidad. Las sentencias de la Corte Constitucional por las que se ejerce la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, previstas en la ley estatutaria, y las decisiones del Consejo de Estado sobre inconstitucionalidad de decretos del gobierno nacional, previstas en el artículo 49 de la misma, por su naturaleza, no dan lugar a que se reclame responsabilidad.

b) Por el contrario, las hay, atribuidas por la ley a órganos de otro orden, que sí dan lugar a responsabilidad judicial, así:

- Las del Congreso en materia de investigación por la Cámara, y de juzgamiento ulterior por el Senado. El artículo 178 de la ley estatutaria dice de la función jurisdiccional que cumple el Congreso de la República:

- Las de la Contraloría General de la Nación en materia de investigación penal por delitos fiscales<sup>12</sup>.

- Las de las Superintendencias cuando no cumplen funciones de vigilancia, sino de intermediación en conflictos interindividuales, que, como se tiene dicho, dan lugar a responsabilidad judicial. A raíz de la reforma del Código de Comercio, puesta en marcha en 1970, se instituyó la figura del concordato. Atendido el número de empleados o el pasivo externo del comerciante que solicita el concordato, la ley lo impuso como obligatorio, y privó a los jueces de su conocimiento, porque se decía y se dice aún, que la

materia era tan compleja, que era indispensable que interviniera en ella una autoridad administrativa especializada en la materia. Tal fue el origen de la disposición legal que asignó a la Superintendencia de Sociedades el conocimiento de los concordatos preventivos obligatorios, mientras se mantuvo el carácter orgánico judicial de los voluntarios. En tales condiciones esta agencia administrativa conoció de un concordato preventivo obligatorio de la sociedad Aerovías Cándor de Colombia S. A. que dio lugar a un ulterior proceso, donde la citada demandó a la Nación-Superintendencia de Sociedades, en responsabilidad por la morosidad durante el trámite de dicho concordato<sup>13</sup>. Esta función cumplida por un órgano administrativo se calificó con acierto, de jurisdiccional.

- Las de las autoridades de Policía, cuando se refieren a la solución de conflictos entre individuos, juicios de carácter civil o penal. En el proceso civil la acción es privada y la solución es de conflicto entre particulares; en penal, es pública la acción, pero requiriendo querrela; cuando se trata de autoridades de Policía, se resuelve en realidad un conflicto entre particulares (Ley 57 de 1905). Se distinguen aquí dos hipótesis:

La primera, cuando el proceso policivo termina con una decisión denegatoria de las súplicas, caso en el cual la jurisdicción administrativa no puede conocer, porque ello implicaría una nueva instancia.

La segunda, cuando la autoridad policiva accede a las pretensiones pero se niega a cumplir su propia orden, caso en el cual hay una denegación de justicia que da lugar a responsabilidad<sup>15</sup>.

En virtud de la declaratoria de inexecutable hecha por la Corte Constitucional, de la inclusión en la estructura de la Rama, de la Justicia penal Militar, para efectos de responsabilidad patrimonial habrá de tenerse ésta, como órgano de orden distinto al judicial, a la que la ley le atribuye funciones de tal raigambre. Si la norma que la incluía

corno parte de la rama hubiese sido declarada exequible, su tratamiento era en el lugar correspondiente a los órganos de la rama que cumplen funciones judiciales.

- En este mismo lugar habrá de ubicarse la responsabilidad a que den lugar las actuaciones judiciales de las autoridades indígenas.

e) Hay funciones jurisdiccionales cumplidas por autoridades administrativas, bajo supervisión de autoridades judiciales que no dan lugar a responsabilidad judicial. En tal hipótesis, la reclamación patrimonial por daños antijurídicos debe hacerse de conformidad con las normas generales de responsabilidad de la administración.

- Según el artículo 33 de la ley estatutaria, la Fiscalía tiene a su cargo dirigir, controlar y coordinar las funciones de Policía Judicial que cumpla la Policía Nacional u otros organismos de la administración. El irregular ejercicio de las funciones dan lugar a responsabilidad administrativa". En ellas se pueden incluir las funciones de captura y retención que cumple el DAS, o la propia Policía *motu proprio*, casos en los cuales la responsabilidad es administrativa".

- El artículo 31 de la ley estatutaria dice que el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, esta adscrito a la Fiscalía General de la Nación, y tiene a su cargo prestar auxilio y soporte técnico y científico a la administración de justicia. A pesar de ser un órgano que forma parte de la Rama, por hallarse adscrito a la Fiscalía, la responsabilidad en que incurran sus servidores públicos, con motivo de la función pública que se les asigna, es a nuestro juicio una responsabilidad administrativa en atención a la función.

d) Hay servidores públicos de la administración que pueden cumplir funciones judiciales, por disposición de autoridad judicial, dando lugar a responsabilidad del orden de la que se comenta:

—Cuando una autoridad judicial comisiona a otra administrativa, para practicar diligencias de su órbita, el servidor público administrativo toma la condición de servidor judicial y su responsabilidad se juzgará a la luz de la ley estatutaria".

El Juez Civil del Circuito de Puente Nacional (Santander) realizó el remate de inmueble dentro de un proceso ejecutivo, y para la entrega del bien comisionó al alcalde municipal de Jesús María (Santander), quien sin oír al ocupante del inmueble, lo lesionó de palabra y obra, lo encarceló, y ejecutó el lanzamiento de sus enseres. La decisión que se comenta concluyó en la irresponsabilidad del Estado en tanto que, el alcalde obraba en función jurisdiccional como Juez Civil del Circuito. Esta sentencia dejó sin respuesta algunos interrogantes que bien vale mencionar aquí, para que se discutan:

En primer lugar, ¿qué consecuencias jurídicas tiene el que el agraviado por el comisionado no haya ejercitado la posibilidad de demandar la nulidad de la actuación judicial practicada por éste, una vez el expediente llegó al comitente, alegando para ello el exceso en el obrar dentro de la comisión, tal como lo autoriza el artículo 34 del Código de Procedimiento Civil? ¿Será que aquella omisión del agraviado puede entenderse a la luz de la disposición estatutaria próxima a regir como una culpa exclusiva de la víctima?

En segundo lugar, cuando el comisionado, autoridad policiva que obra como jurisdiccional, obra de hecho, y específicamente en este caso ataca de palabra y de obra al tercero que se opone a la diligencia, ¿debe entenderse que obra aún en aquellos casos como autoridad jurisdiccional? ¿Será que su condición de autoridad jurisdiccional lo ampara hasta en estos propósitos?

- Cuando la autoridad judicial le encarga a la administrativa le auxilie en medidas cautelares encontramos las siguientes hipótesis:

*Primera:* Medidas cautelares sobre personas donde hay una administración compartida por autoridades administrativas y judiciales. En este caso cada uno responde separadamente por sus acciones u omisiones, siendo una responsabilidad administrativa y la otra judicial.

Son numerosas las sentencias en las que los jueces condenan a la Dirección Nacional de Prisiones, hoy Instituto Nacional Penitenciario, por muerte o lesiones de presos, bajo su guarda.

Digna de mención expresa es la hipótesis donde el retenido sufre lesiones o muerte en manos de autoridades administrativas que cumplen custodia, mientras las ponen a disposición de los jueces. Aquí la autoridad administrativa oficia de depositaria, y responde objetivamente por aplicación analógica de las normas correspondientes a dicha figura contractual<sup>9</sup>.

Se concluyó en responsabilidad del Estado por defectuoso obrar judicial, en el caso de la muerte del ciudadano Fabio Efraín Escobar Sánchez, detenido precautelativamente por el Juez Segundo de Orden Público, quien investigaba un delito de tenencia ilícita de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas, y a quien se le negó la libertad provisional a pesar de estar gravemente enfermo con antecedentes de arritmia cardíaca, diabetes mellitus, tener 65 años y una vida libre de antecedentes, que anticipaban su ninguna peligrosidad<sup>0</sup>.

En dicha hipótesis el juez obró con negligencia, en cuanto, so pretexto de garantizar la concurrencia a juicio criminal, olvidó ampararle la vida, con omisión que en tales casos debe prevalecer la protección de los derechos humanos. El juez, enterado del alto riesgo de muerte del detenido ha debido dejarlo en libertad provisional, pues de esa manera se le protege su vida y se asegura inmediatamente su comparencia a juicio.

*Segunda:* Frente a medidas cautelares sobre cosas puede haber una responsabilidad exclusiva del juez, o una responsabilidad compartida juez-secuestre, cuando la administración oficia de tal, o una responsabilidad exclusiva de ésta. En la primera hipótesis, caso de pérdida de títulos de depósito judicial, expedidos por el Banco Popular y sometidos a custodia del juez, se dijo que no era problema de cosa juzgada sino de defectuoso funcionamiento administrativo<sup>21</sup>.

Cuando se trata de una responsabilidad compartida juez-secuestre, siendo la administración que oficia de tal, la jurisprudencia se ha inclinado por separar dicha responsabilidad.

Cuando las mercaderías se pierden o deterioran por culpa de la administración, la responsabilidad es administrativa, pero si dichas mercaderías se perdieran por culpa del juez, claro sería que a la luz de la ley estatutaria habría una responsabilidad por defectuoso obrar de la justicia. Más adelante incluiremos ejemplos de esto último. Aquí la responsabilidad es judicial o administrativa según sea el caso y así habrá de demandarse.

e) Hay funciones judiciales atribuidas por ley a particulares que pueden dar lugar a responsabilidad de distinto orden.

- La ley le asigna funciones judiciales de aprehensión de delincuentes cogidos en flagrancia a los particulares, donde los excesos pueden dar lugar a responsabilidad de derecho privado.

- Los árbitros y los conciliadores tienen indudablemente una función judicial que cumplir y su error, o su defectuoso proceder, puede dar lugar a responsabilidad. Hasta hoy se ha entendido que ella es de naturaleza civil. Visto que la ley incluye su función como judicial, para contrastarla con la de las potestades religiosas, se plantea la duda de responder si ella es responsabilidad por administración de justicia y si en tal caso, el sujeto pasi-

vo de dicha responsabilidad es el Estado (artículo 13 de la ley estatutaria), duda que se acrecienta si miramos el texto del artículo 74 que expresamente dice que las disposiciones del capítulo relativo a responsabilidad se aplica a los particulares que excepcionalmente o transitoriamente ejerzan o participen de la función de administrar justicia.

— El Estado colombiano reconoce efectos a las decisiones de origen religioso que tengan que ver con la validez de un vínculo matrimonial, pero la ley expresamente excluye tanto orgánicamente como funcionalmente a dichos sujetos de la actividad jurisdiccional (artículo 14), concluyéndose que los errores que en aquellas decisiones se contengan, y su función, no dan lugar a responsabilidad patrimonial pública<sup>22</sup>.

f) Las funciones judiciales pueden ser atribuidas a particulares, pero no directamente por la ley sino a través de un juez, como en el caso de los secuestres o de los peritos que, según la ley procesal, son auxiliares en la actividad de juzgar. En tal caso se dice que hay lugar a responsabilidad del Estado porque éste tiene una intervención cardinal en su selección y escogencia y una función de vigilancia y remoción".

De lo dicho hasta ahora encontramos una conclusión parcial: no hay una identidad entre la organización de la rama y la responsabilidad por actividades jurisdiccionales, pues hay organismos que cumplen, funciones puramente administrativas; tal es el caso de la sala del mismo nombre del Consejo Superior de la Judicatura, u organismos que cumplen así sea accidentalmente, funciones administrativas, pasibles todas las mencionadas hasta aquí de responsabilidad de ese orden.

No hay una identidad de función y responsabilidad judicial, aunque indudablemente la aproximación aquí es mayor, pues hay acti-

vidades judiciales que generan responsabilidad civil o responsabilidad administrativa, aunque, valga la aclaración, en el mayor número de casos una y otra se identifican.

#### CARACTERES DE LA RESPONSABILIDAD

El recorrido hecho hasta este momento nos ha permitido establecer cómo la jurisprudencia ha admitido hipótesis de responsabilidad por defectuoso funcionamiento de la justicia.

Afirmemos ahora que tal responsabilidad, admitida en la ley estatutaria, tiene unos rasgos comunes con la de la administración. Es materia de todos conocida que hoy corresponde al actor establecer la existencia de un perjuicio, con las características de cierto, determinado o determinable; de una imputación, entendida como la posibilidad de predicar de una persona jurídica pública la comisión del hecho que dio lugar al perjuicio, en una doble relación de causalidad, la de la conducta estatal con el perjuicio, y la del agente, con la actividad estatal; y de una antijuridicidad que como regla general es objetiva, y que excepcionalmente se requiere imputación subjetiva, aunque nada obsta para que el particular perjudicado pueda establecer esta última para cualquier hipótesis.

Al lado de esas características, existen otras particulares de la materia estudiada, así:

a) La del Estado por defectuoso funcionamiento de la actividad de impartir justicia es residual, entendido ello como que se admite sólo en las hipótesis en que no se ha previsto una responsabilidad administrativa o privada. Al examinar las funciones judiciales vimos que hay hipótesis en las que en atención a la condición del agente directo del daño (Policía, Medicina Legal, Jueces religiosos) la responsabilidad es administrativa o civil, indicando con ello que la que se examina es del orden residual.

En ese orden de cosas, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha concluido que cuando el juez detiene a una persona por denuncia temeraria hecha por la Policía Nacional, el error del juez, inducido por una autoridad administrativa, da lugar a responsabilidad del mismo orden y no judicial".

En el caso *sub-judice*, la decisión se funda en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, pero la demanda se ha instaurado contra la Nación —Policía Nacional—, la detención la ha ordenado el juez quien es el agente que causa el daño en forma directa; sin embargo, la condena se hace contra la Policía, en atención a que es ella la que hace incurrir al juez en error.

Igual criterio se defiende en los casos en que hay retención de mercancías hecha por un juez por falsa denuncia de la administración de Aduanas".

b) A diferencia de la administrativa, que hasta 1991 no tenía una mención expresa en normas jurídicas positivas, y que después de aquel año, sólo aparece en el artículo 90 de la Constitución actual, la responsabilidad por impartición de justicia está reglamentada en la ley estatutaria, en el capítulo 6º del título 3º, artículos 65 y siguientes, dando pie para afirmar que es una responsabilidad reglada".

e) Surge la inquietud de responder si la redacción del mandato 71 de la ley, conforme con el imperativo 90 de la Constitución es contrario, sí o no al artículo 40 del Código de Procedimiento Civil.

El punto que se propone como materia de debate dice de la necesidad de establecer si ese reconocimiento de la responsabilidad del Estado en todos los ámbitos mantiene el criterio de corresponsabilidad en forma directa y principal entre el agente y el Estado. Hasta 1962 la responsabilidad del Estado fue, con excepciones, indirecta y subsidiaria de la responsabili-

dad del agente que obraba con culpa. Desde aquel año se habló de una responsabilidad directa por falla en el servicio, distinguiendo los casos en que se daba una responsabilidad exclusiva del Estado, una responsabilidad exclusiva del agente y una coparticipación Estado-agente.

Los casos de responsabilidad individual no tienen ningún problema. Si la falla es estructural del Estado y se da con independencia de la actuación del agente, la demanda deberá dirigirse exclusivamente contra el ente público. Si por el contrario, la falta es personal y no hay vínculo con el servicio por razón del lugar, del tiempo, del móvil o del instrumento, la demanda deberá proponerse contra el agente como particular y ante la jurisdicción ordinaria.

Puede ocurrir que a la comisión del hecho delictuoso concurren una falla o falta del servicio y una culpa personal, caso en el cual la jurisprudencia ha tomado distintos caminos para definir ese tipo de relación. Ha defendido en unos casos que se trata de una solidaridad pasiva, de la definida en la ley civil y que tiene su sustento en el artículo 2344 de dicha codificación<sup>27</sup>.

En otros casos, ha defendido una corresponsabilidad particular, distinta de la mencionada arriba, fundada en los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo y en el artículo 90 de la Carta Magna, apoyado dicho criterio en la negativa de los delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente para aprobar la responsabilidad solidaria de la administración y del agente. Pero pareciera que la tendencia imperante en esta materia sea la de separar una y otra responsabilidad, dándoles completa independencia, según se puede observar en decisiones recientes".

El detenerse en este punto que se examina, muestra cómo desde la tesis de la solidaridad pasiva, que permitía reclamar a uno cualquiera o a los dos conjuntamente, a

escogencia de la víctima, pareciera que la evolución jurisprudencial se dirigiera a delimitar los alcances de uno y otro campo de la responsabilidad: la del Estado y la personal del servidor público, para convertir aquella en principal, directa y exclusiva; y ésta, sólo como acción de rebote, de la que es titular único el Estado que resulta agraviado con una condena.

Tal es el criterio defendido por el Consejero de Estado, Suárez Hernández, en una conferencia inédita pronunciada en Cali en marzo de este año".

Y pareciera ser el contenido de la ley que estamos comentando. Siendo que se aspiró a regular íntegramente la materia de la administración de justicia, y se refirió expresamente a la responsabilidad del Estado por obra de los funcionarios y empleados judiciales, no reprodujo dentro de su texto la responsabilidad personal de que trata el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil ni la corresponsabilidad prevista en el artículo 78 del Código Contencioso Administrativo sino que se limitó a indicar la existencia de una responsabilidad directa del Estado, facultándolo para repetir contra el funcionario que haya dado lugar a la condena, según el texto del artículo 72 de la misma ley.

Si el legislador de 1995 hubiese querido conservar la posibilidad de demandar al juez en forma personal, con ocasión del error judicial, en los términos del artículo del ordenamiento procesal, o permitir a la víctima reclamar conjuntamente en los términos del sistema contencioso, claro es que dado el carácter universal que pretende la ley estatutaria hubiese reproducido las dos disposiciones mencionadas. Afirmación que se ve reforzada con la interpretación sistemática de los artículos 71 a 73, donde se habla de una acción de repetición del Estado contra el funcionario, guardándose silencio sobre la existencia de una acción personal de la víctima contra el funcionario, que

pueda ejercitarse conjuntamente con la de reparación directa.

El criterio anterior según el cual responde primera y exclusivamente el Estado, es defendido en el derecho argentino por el profesor Julio E. Altamira Gigena, al sostener que ello tiene razón de ser en la necesidad de demandar a quien efectivamente pueda pagar buscando una economía de tiempo y procesal".

De todas maneras, es interesante que esta convocatoria permita concluir si hoy en día, a la luz del texto del artículo 65 de la ley estatutaria, que habla de responsabilidad de justicia, sin hacer mención de la responsabilidad personal del juez, debe entenderse que el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil fue derogado y que quien se considere agraviado sólo tiene acción contra el Estado, el que, una vez sea condenado, puede repetir, o, si lo considera prudente, podrá llamar en garantía al funcionario.

Ahora bien: en torno al carácter de la responsabilidad, vale la pena resaltar si ella es objetiva o subjetiva. Mientras que el artículo 90 de la Constitución Política pareciera consagrar una responsabilidad objetiva, el 65 de la ley estatutaria consagra solamente responsabilidad por falla o falta<sup>32</sup>.

A petición del Procurador, que reclamó la inexecutable de la norma, la Corte Constitucional se ocupó del punto, hallándolas uniformes porque: «si bien hace alusión a la responsabilidad del Estado —a través de sus agentes judiciales— por falla en el servicio, ello no excluye, ni podía excluir la aplicación del artículo 90»<sup>31</sup>.

La razón para que el Estado no pueda ser penado patrimonialmente por los daños que causen los jueces en forma objetiva, está en que es de la naturaleza de la actividad de éstos producir perjuicio a quien pierda la contienda, sólo que tal actividad es jurídica, y sólo se torna en anti cuando haya falla o falta.

## HIPOTESIS DE LA RESPONSABILIDAD

Establecidos los caracteres de la responsabilidad contestemos ahora en qué hipótesis se admite.

La ley estatutaria contempla tres casos de responsabilidad del Estado por impartición de justicia: error judicial, defectuoso funcionamiento y privación injusta de la libertad.

*Error judicial.* El artículo 66 de la misma define el error judicial como aquél en que incurre «una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley».

La norma comentada exige como primera condición: que se trate de una autoridad que cumple función jurisdiccional, esto es, privilegia el concepto de función sobre el orgánico, y por ende excluye como error la actividad de los empleados, restringiéndola a los funcionarios que son quienes tienen la facultad de juzgar. Reclama, además, que lo haga dentro de un proceso, entendido como la sucesión coordinada de actos que se desenvuelven en el tiempo y que miran al cumplimiento de un suceso como es la sentencia, que tiene el propósito de solucionar un conflicto de intereses".

Propone, finalmente, que se materialice el error en una decisión contraria a la ley. La responsabilidad surge de la comparación simple entre la ley y la decisión del juez, de modo que se halle que esta última viola el contenido de aquella, conclusión que se percibe con un proceso intelectual, de comparación. Esa comparación puede hacerse en forma inmediata entre la ley y la decisión; o en forma mediata, cuando hay una errónea apreciación de las pruebas<sup>35</sup>.

La formulación anterior plantea dos cuestiones: la necesidad de averiguar los efectos jurídicos de la cosa juzgada, y las decisiones que son pasibles de error judicial.

Atendiendo lo último, pareciera que la formulación de demanda, en la que se predique error judicial se admite contra cualquier decisión. El imperativo 66 que estamos comentando no hace distinción alguna sobre la materia, pero no se ve cómo extender el error judicial a providencias preparatorias dictadas dentro del proceso. Nos inclinamos a pensar que el error judicial sólo puede predicarse de sentencias o de autos que terminen el proceso, tales como los que se definen como conclusión anormal, o los que inadmitan o rechacen la demanda.

Aunque la disposición comentada pareciera no distinguir, nos inclinamos por entender que las providencias simplemente preparatorias no caben dentro de la hipótesis consagrada en el mandato 69. Ello encuentra un fundamento adicional, en la posibilidad que tiene el juez de revocaren cualquier tiempo sus decisiones preparatorias, por razones de oportunidad o de mérito, alegando en este último caso su antiprocesalismo y su ninguna fuerza vinculante y ejecutoria.

La Corte Constitucional equiparó el error judicial a las vías de hecho. Y precisó éste diciendo: «Una actuación de la autoridad pública se torna en una vía de hecho [...] cuando la conducta del agente carece de fundamento objetivo, obedece a su sola voluntad o capricho y tiene como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales de la persona. Carece de fundamento objetivo la actuación manifiestamente arbitraria a la Constitución y a la ley. La legitimidad de las decisiones estatales depende de su fundamentación objetiva y razonable. La decisión revestida de las formalidades de un acto jurídico encubre una actuación de hecho cuando ésta obedece más a la voluntad o al capricho del agente estatal que a las competencias atribuidas por ley para profierla. El criterio para evaluar qué conductas tienen fundamento en el ordenamiento jurídico y cuáles no es finalista y deontológico»<sup>36</sup>.

La segunda parte del artículo 67 de la ley comentada, dice que es presupuesto para alegar el error judicial, que la providencia que lo contiene esté en firme; para precisar que sólo son pasibles de tal las decisiones que causan alguna ejecutoria, y que sólo lo admiten mientras estén en ese tránsito.

Creemos que el ordinal comentado debe entenderse en el sentido de tener por firmes, las decisiones contra las que no cabe recurso ordinario alguno, pues, claro resulta que, para efectos de su ejecución, y salvo que se prestara caución en el caso de la casación, las decisiones que admiten recursos extraordinarios están en firme.

Entender que una providencia en firme es aquella contra la que no caben recursos de ninguna índole implica desconocer la razón que ya se precisó.

Corresponde igualmente definir si el juez que conoce del proceso donde se atribuye a la función jurisdiccional el error está facultado para revisar o no las decisiones que han hecho tránsito a cosa juzgada, y que por ello gozan de una presunción de veracidad, entendida ésta como el creerlas acordes con los hechos probados y reales, y de otra de legalidad, entendida ella como suponerla concorde con la ley.

M. M. Díez es partidario de no reconocer el error judicial mientras la decisión esté en firme, y se detiene a explicarlo particularmente frente a la materia penal, pero su criterio es atendible en todas las materias, porque mientras la sentencia no haya sido informada, no puede ser desconocida por decisión ulterior".

Marienhoff dice que el error judicial supone restablecer pecuniariamente al perjudicado con una decisión cuando ella ha sido objeto de revisión por vía extraordinaria".

Sin embargo, la doctrina no es pacífica al punto y hay quienes admiten la posibilidad de revisar sentencias que hayan obtenido firmeza, cuando hay errores ostensibles de derecho o en la valoración de los hechos. El Tribunal Supremo espa-

ñol, en sentencia de 8 de noviembre de 1991, lo defendió en esa órbita conceptual".

De acuerdo con ello se admite una revisión de la decisión tomada por el juez, sea o no en sentencia, para verificar si hubo un error de derecho, bien en la aplicación, no aplicación o interpretación equivocada de la norma que regula la materia juzgada, o bien en la calificación de las pruebas que se agregaron al proceso, distinguiendo el error judicial propiamente dicho de la conducta de extraños que llevan al juez a error, la que, como se dijo al hablar de las características de esta responsabilidad, puede dar lugar a otro tipo de pretensiones.

En general -se dice-, el problema del error judicial se estrella contra la intangibilidad de la cosa juzgada y contra la necesidad de darle firmeza a ciertas decisiones, que por esta vía del error judicial, llevaría a la creación de una nueva instancia, donde se revisa la decisión inicial para averiguar si ella está o no sujeta a la ley".

Pero en verdad, no hay identidad de partes, o de acción, o de pretensiones, o de hechos o de procedimiento, entre los dos litigios, razón por la cual cabe reexaminar la cuestión. La primera decisión se mantiene en firme e inmodificable, y simplemente aquí se averigua si hubo o no error en la decisión que desató el litigio anterior.

Retornando palabras de la jurisprudencia dentro de los procesos patrimoniales que se siguen contra los jueces o magistrados, se entra a examinar la legalidad de la decisión<sup>4</sup>.

La providencia que admite el error judicial no supone una modificación de la sentencia que se revisa, la que en cualquier caso debe permanecer intangible. Sin embargo, aunque formalmente no hay desconocimiento de la sentencia, materialmente sí pueden llegar a coexistir dos fallos contradictorios:

la que desata el pleito, y la que dice que en ella se incurrió en error.

La Corte Constitucional adoptó un criterio restrictivo del error judicial, al sostener que él no puede ser cometido por las altas Cortes, protegiéndolas con la infalibilidad consagrada en el Concilio de Trento y sacrificando la justicia por la seguridad jurídica, como si allí no pudiesen vulnerarse los derechos de los asociados. Se dice que sólo hay lugar a responsabilidad de estas Cortes cuando se desconozcan los derechos fundamentales que sólo es reclamable por la vía de la tutela, y que en dichos amparos necesariamente deberá condenarse a responder los perjuicios, creando una diferencia de tratamiento de derechos no consagrada en la Constitución, y una clase particular de tutelas que la ley no contempló: las tutelas por violación de derechos fundamentales por las altas Cortes que suponen condenas por responsabilidad<sup>42</sup>.

Para terminar el capítulo atinente a este tema, vale la pena recordar que hay que distinguir entre el error judicial, de la causa o circunstancia que lo haya podido producir, la que en su lugar genera responsabilidad administrativa o civil<sup>43</sup>.

*Privación Injusta de la Libertad.* Una segunda hipótesis de responsabilidad prevista en la ley estatutaria está consagrada en el artículo 68 que dice: «Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios». La expresión «injusta» de la norma en comento hace que ésta, como las dos restantes, puedan considerarse de antijuricidad subjetiva, en el sentido que no basta como en la responsabilidad de la administración un nexo entre la actividad y el perjuicio, sino que es indispensable adicionalmente que sea por error, por defectuoso funcionamiento o en el caso concreto por injusta retención.

Si esta disposición se toma aisladamente no hay duda que la cualificación se hace responsabilidad por falla.

Pero, a nuestro juicio esta disposición es concordante con el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, que contempla la obligación de indemnizar perjuicios a quien ha sido detenido, y después resulta exonerado totalmente de responsabilidad, porque se demuestra que el hecho no sucedió, que no constituye delito o que el sindicado no lo cometió.

La Jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse en torno al punto, para predicar que en estas hipótesis se trata de una responsabilidad objetiva<sup>44</sup>.

Creemos que en el presente caso, como en los dos restantes, la diferencia de la responsabilidad de la administración, a la que se refiere genéricamente el artículo 90, es por falla, puesto que se reprocha, como ya se dijo, una conducta manifiestamente equivocada de la administración<sup>45</sup>.

En el ordenamiento 414 comentado, la injusticia a que se refiere la ley estatutaria deviene de la contradicción entre la decisión final y la cautelar; en la primera se dice que hay lugar a la detención y en la segunda se califica la inexistencia de hecho punible, atribuible al sujeto pasivo de la investigación, que debe ser indemnizado por la equivocada apreciación que el fiscal hizo.

*Defectuoso Funcionamiento.* Una tercera hipótesis de responsabilidad contemplada en la ley estatutaria es la de defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. Esta, junto con el error judicial, son las dos hipótesis consagradas en el artículo 121 de la Constitución española que dice: «Los daños causados por error judicial, así como lo que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la impartición de justicia, darían derecho a indemnización»<sup>46</sup>.

En esta hipótesis caben los casos de violación al debido proceso, errores en la instrucción, medidas cautelares, injurias e intromisión en el honor, de los querellantes o sus opositores.

Recordemos que el concepto del debido proceso se descompone a su vez: en el derecho al acceso a la justicia, el derecho a la defensa, el derecho a una pronta solución del conflicto, y el derecho a la eficacia de la sentencia<sup>47</sup>.

El primero de ellos está reglamentado en los artículos 2, 58 y 94. Se dice que el Estado garantiza el acceso de todos los asociados a la impartición de justicia, facultando a los funcionarios para sancionar a los servidores públicos que atenten contra la prestación normal del servicio u omitan el cumplimiento de sus deberes. Igualmente se impone la necesidad de responder a la demanda de justicia no satisfecha, y evitar la congestión judicial con clara referencia a las tradicionales fallas estructurales de la organización judicial.

Por su lado, el derecho de la defensa está garantizado en el artículo 3° de la misma ley, invocando en su desarrollo las disposiciones de la Carta Política y los tratados internacionales.

Finalmente, el artículo 4° concordante del artículo 94, reclama programáticamente una justicia pronta y cumplida.

Merece la pena mencionar dos casos en que la jurisprudencia ha tenido ocasión de ocuparse específicamente de las demoras en la administración de justicia.

El primero de ellos es el enjuiciamiento que se hace, a título personal, a tres magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, por demoras en la instrucción de un proceso disciplinario contra una juez, que culminó con la sanción de destitución. Allí claramente se dijo que corresponde al actor demostrar que el retardo en la tramitación de un proceso fue injustificado, presumiéndose que existe volumen de trabajo, enfermedad, u otros

factores que retrasan tradicionalmente la función de justicia<sup>48</sup>:

El Consejo de Estado tuvo ocasión de pronunciarse sobre el terna, a raíz de la demanda contra la Nación, por el retardo injustificado de un proceso penal, contra quien era sindicado de fraude procesal, proceso que concluyó con una decisión de prescripción que dejó a la actora sin posibilidad de reclamar la restitución de un cuantioso inmueble<sup>49</sup>.

El derecho a la eficacia de la sentencia, supone que ésta deba ser cumplida por las autoridades, aun disponiendo de la fuerza. Ya tratarnos arriba el punto<sup>50</sup>.

Para nosotros es claro que la violación a cualquiera de los enunciados anteriores, puede dar lugar a responsabilidad por defectuoso funcionamiento.

Interesante por decir lo menos, resulta la confesión que el vicefiscal, con autorización de su inmediato superior jerárquico, hizo en nota dirigida a la familia nuclear de Galán Sarmiento, para reconocer la desviación de la investigación por el asesinato del candidato presidencial, anotando que, contrario a los dictados de las ciencias penales, quienes tuvieron a su cargo la clarificación del magnicidio, desecharon todas las hipótesis posibles distintas a la autoría intelectual del cartel de Medellín. Un reconocimiento de tal naturaleza impone al Estado una responsabilidad de carácter civil, frente a quienes se hayan constituido en tal condición dentro del proceso penal. Son frecuentes los casos en que se reclama responsabilidad de los jueces con ocasión de medidas cautelares. Recordemos en primer lugar, el caso en el que un juez penal retuvo un vehículo automotor y, sin secuestrarlo, lo mantuvo en los patios del cuartel de bomberos de Popayán durante dos años, tiempo dentro del cual se deterioró notablemente<sup>51</sup>.

También hay lugar a responsabilidad por embargo fraudulento de bienes, como ha tenido ocasión de recordarlo la jurisdicción contenciosa", o por no cumplimiento de órdenes de embargo, aunque en tal caso se requiere que la disposición haya sido tomada con todo el rigor exigido por la ley".

En general, el mayor número de demandas de responsabilidad se generarán, con fundamento en este apartado, donde cabe todo tipo de errores *in procedendo*.

Para terminar este apartado, digamos que aquí, a diferencia de los dos anteriores, la responsabilidad puede tener origen en hechos, y ser atribuible no sólo a funcionarios sino igualmente a empleados.

#### CAUSALES DE EXCULPACION

En primer lugar, significar cómo la ley contempló como causal de exculpación, la culpa grave o el dolo de la víctima, calificando como tal la no interposición de recursos, circunstancias estas que exoneran totalmente al Estado, de acuerdo con el artículo 70.

Esta no interposición de recursos debe mirarse atendidas las condiciones socioeconómicas de la víctima, pues no es dable exigir igual diligencia de todos los ciudadanos, atendida la desigualdad cultural y económica que existe.

Esto no significa que no pueda alegarse otra causal distinta y, particularmente, que el agente no se pueda disculpar, probando que obró con la diligencia media exigida, salvo la hipótesis de privación injusta de la libertad, consagrada en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, donde la calificación de la conducta antijurídica la hace la ley.

#### ACCION DE REPETICION

Entendida ésta como la posibilidad que tiene el Estado de reclamar del servidor público, le restituya los valores a que fue con-

denado por su obrar, relacionado con el servicio. La materia está tratada en el artículo 71 de la ley estatutaria, y exige para ello que el agente haya obrado con culpa grave o dolo, señalando hipótesis en que se presume tal valoración.

En tratándose de la corresponsabilidad del Estado, hay quienes afirman la inconveniencia de admitir esa repetición, porque se dice que con ello se está desestimulando el actuar del funcionario público, que temerosamente ve la posibilidad inmediata de sufrir patrimonialmente por su acuciosidad.

Quizás por ello la posibilidad de repetir se limita entre nosotros a los casos de culpa grave y dolo, pues de esa manera se aumenta la dificultad de lograrlo y se permite al funcionario obrar con relativa libertad.

Hablar de culpa grave y dolo obliga a retomar la materia de la responsabilidad en sus orígenes, bien porque el primer espacio creado a propósito de la responsabilidad patrimonial lo fue entre particulares y porque durante muchos años el único admisible fue a propósito de los pagos que hacían los curadores respecto de los daños causados por sus pupilos.

Recordemos que la culpa en materia civil admite dos especies: el dolo y la culpa. Refiriéndose al primero de ellos se define como la representación de un resultado que se quiere y que se procura. Siempre que se establezca dolo en materia de responsabilidad habrá lugar a repetición.

Hablar de culpa supone, por su lado, pensar en una conducta impropia, distinta de la de una persona normal en su vida societaria.

La culpa específica admite cuatro especies: grave, media, leve y levísima. Ellas se definen por el artículo 63 del ordenamiento citado, mientras que la segunda aparece

mencionada repetidamente en la norma del artículo 1604.

Según la primera disposición, culpa grave es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con el cuidado que mantienen aun las personas de poca prudencia en los negocios propios; culpa media es la inobservancia de la propia diligencia; culpa leve es la falta de diligencia y cuidado ordinario y culpa levísima es el abandono de la esmerada diligencia.

A su vez, la culpa admite cuatro posibilidades: la violación de reglamentos o normas de conducta de contenido legal, excluyéndose así las disposiciones de carácter moral y los usos sociales; la imprudencia, entendida como la voluntad del agente de creer que puede evitar el resultado; la impericia, entendida como el obrar sin el conocimiento y la experiencia necesarias, y la negligencia, que corresponde al descuido.

Hablar de culpa en sentido genérico significa que al sujeto que debe responder patrimonialmente se le atribuye una conducta, que reúne las siguientes condiciones:

a) Idoneidad. Se dice que el servidor público a quien se quiere hacer responsable, tenía la capacidad para producir el daño. Es la capacidad para causar el daño.

b) Discernimiento, entendido como la capacidad que tiene el sujeto para valorar su propio actuar. Ello implica que en los casos en que el sujeto agente que causó el daño se encuentre en estado de patología temporal, no buscada por él, no hay lugar a repetición. Distinto es cuando el agente, a sabiendas de los efectos que el uso de sustancias psicotrópicas o alcoholes produce en superpersonalidad tornándola violenta, decide afectarse por ellas.

e) Impropiiedad. Establecer los hechos calificadorios de la gravedad. No basta con probar la idoneidad y el discernimiento, sino

demonstrar que el agente obró de tal manera que aun las personas negligentes no hubieran hecho lo mismo.

d) Reproche de su actitud frente a lo ocurrido. En una palabra, no obró con diligencia, pericia, prudencia y respeto de las normas. Esa cualificación de su obrar la puedo hacer en abstracto o en concreto. Lo primero, si adoptó un arquetipo único, pero no uniforme. Único, porque comparo la conducta concreta con la esperada de un ciudadano medio en igualdad de condiciones. No uniforme, porque valoro las condiciones precisas en que el hecho ocurrió. En concreto, porque entonces examino todas las condiciones de ese sujeto: sus hábitos, su estado de ánimo, las condiciones de tiempo, las de lugar. En este caso no tengo un modelo de comparación. Al exigir la ley la cualificación de la culpa, que permite el traslado de la responsabilidad, impone unas consecuencias de orden jurídico.

a) En primer lugar, tal presupuesto excluye la responsabilidad objetiva, pues en ella en tanto que solamente se examina la relación de causalidad entre actividad y daño sin valorar la conducta del agente comitente, no hay lugar a afirmar la existencia de una culpa, excluyéndose, en consecuencia, la posibilidad de repetir.

b) Igualmente, hablar de culpa, grave supone excluir la posibilidad de admitir las hipótesis de presunción de culpa pues es claro que cuando se presume, se habla de la media y no de la calificada gravemente. Así, quien conduce un vehículo del Estado, por el ejercicio de una actividad peligrosa, hace que en el proceso por responsabilidad contra el Estado se presuma su incuria, y corriendo a su cargo la prueba del hecho que rompe el nexo: fuerza mayor, hecho de un tercero, culpa exclusiva de la víctima, y en algunos casos se admite la prueba de la propia diligencia, consecuentemente

con la condición de la presunción. Pero esa misma persona, demandada por el Estado, no está sujeta a tal presunción, de tal manera que si se quiere repetir contra ella, habrá de probarse la culpa grave o el dolo. Ello sin perjuicio de las hipótesis de presunción de culpa grave contenidas en el artículo 71 de la ley estatutaria. La Corte Constitucional definió el error inexcusable, citando a la Corte Suprema de Justicia que dijo: «... Hade entenderse como equivocación o desacierto que puede dimanar de un falso concepto sobre lo que una cosa es realmente o de ignorancia de la misma. De modo, pues, que la responsabilidad civil de jueces o magistrados puede originarse en una equivocación, sea que ésta haya tenido como causa un conocimiento falso de hechos o de normas legales o un completo desconocimiento de los mismos.

«... Exigese que el desatino sea de aquellos que no pueden excusarse, que quien lo padece no pueda ofrecer motivo o pretexto válido que sirva para disculparlo[ ...] por esto mismo debe aparecer acreditado que el error fue determinante de la decisión ...»<sup>54</sup>.

Hay lugar a tener por probada la culpa en los casos en que el funcionario haya sido condenado penalmente, pues la valoración subjetiva de su conducta, aunque diferente de la civil, implica que se dieron las condiciones de culpa grave o dolo, porque la calificación de la culpa en materia penal se hace en concreto, y por tanto atendidas la incuria del sujeto responsable. No puede decirse lo mismo cuando la condena sea disciplinaria o fiscal, pues en tales casos la responsabilidad es objetiva. Decir que sólo hay lugar a acción de repetición por dolo o culpa grave implica admitir

a) Que hay una posibilidad de condena al Estado, o que hay una condena del Estado. Lo primero cuando se llama en garantía; lo segundo, cuando se inicia un proceso separado después de la decisión en contra.

b) Que el agente se puede exonerar probando una diligencia mínima, esto es, que obró con algún grado de diligencia.

c) Que cabe como exonerante del agente cualquiera que rompa el nexo entre su conducta y el daño, sin que ello deje de examinarse, so pretexto que ya lo fue en el proceso inicial, o la mala defensa judicial del estado o su allanamiento o conciliación impropia.

No podemos olvidar que se trata de un proceso distinto de aquel donde se exigió la responsabilidad del Estado y por tanto el agente puede discutir los elementos de aquella, o puede exculparse alegando culpa en la defensa.

#### DE LA CADUCIDAD

Para terminar esta exposición, quiero referirme a la posible contradicción existente entre la segunda parte del artículo 90 de la Constitución y la expresión del ordinal 2º del artículo 72 de la ley estatutaria. Según la normativa superior, el Estado podrá repetir contra el servidor público, desde que haya sido condenado, y, según la disposición legal, ese término sólo se cuenta desde que haya realizado el pago. Aparte de la primacía de la constituyente, que ya es entonces razón suficiente para inclinarse por alguna de las dos soluciones, creemos importante hacer mención que ella resulta más lógica, pues es la condena y no el pago la que afecta el pasivo patrimonial del Estado y por tanto la que determina el momento en que se causa el daño.

#### CONCLUSIONES

El espacio concedido para el trabajo, lavastedad del tema, han impedido tocar puntos seguramente muy importantes. Sin embargo, vale la pena hacer mención de algunos hitos que se desprenden de la exposición: Que la ley privilegia la función a la hora de determinar quiénes deben responder. Que esta responsabilidad tiene unas características propias, que la distinguen de la administración pública, y que particularmente es un campo donde residualmente se exige la prueba de la antijuridicidad subjetiva. Que en el futuro hay que precisar si

se mantiene o no el lindero de la cosa juzgada. Que surgen dudas sobre la inconstitucionalidad de la norma que determina el momento a partir del cual se cuenta la caducidad.

BENJAMIN HERRERA BARBOSA  
 Profesor de Derecho Administrativo  
 Departamento de Derecho Público  
 Universidad Externado de Colombia

1. LIGIA GALVIS, *Filosofía de la Constitución de 1886*, Bogotá, Lucía de Esguerra Editores, 1986, p. 210.

2. La Corte Suprema de Justicia elijo, sobre el particular: «La responsabilidad civil para reparar el daño resulta en esas condiciones, de los actos de quienes como agentes del Estado, obran en el ejercicio regular de sus funciones. Por lo demás, aunque no se tratara de un agente o representante del Estado, cuando los tratadistas basamentan la responsabilidad por hechos de terceros, en una sanción por falta de la acción o la vigilancia, están preconizando fórmulas justificativas doctrinarias para hacer recaer la responsabilidad en quien no hizo directamente el daño».

CORTE SUPREMA, Sala de Negocios Generales, Serna, junio 17 de 1938, Domiciano Quiñones contra la Nación.

3. «No se trata en el caso de estudio del control de legalidad de un acto administrativo por desvío en la acción gestora de los negocios públicos, sino de una acción privada de orden inconfundiblemente civil en que se busca determinar el derecho de un particular que afirma haber sufrido perjuicios causados por faltas y errores cometidos por el municipio en la construcción de una obra de alcantarillado ...».

CORTE SUPREMA, Civil, Salamanca, agosto 21 de 1939, Crane contra Bogotá.

Se trataba de la construcción defectuosa del canal del río San Francisco que dio lugar a las ruinas de las edificaciones distinguidas con los números 9-03 a 9-63 de la actual avenida Jiménez.

4. «Lo que se desea significar con la anterior invocación es que el constituyente tiene proscrito el daño sin reparación, pues solo pena como pena pecuniaria impuesta a sus dueños, pueden destinarse los productos de los inmuebles a las necesidades de la guerra, lo que implica una providencia motivada conforme a las leyes».

CONSEJO DE ESTADO, Contenciosa, Valbuena, julio 29 de 1947.

Tratase de la demanda de *El Siglo* contra la Nación por la clausura y suspensión del periódico en julio de 1944, con motivo del golpe de Pasto. Allí el Consejo, encontrando que la actividad del Estado había sido concordante con las condiciones de orden público que se presentaron para entonces, decidió condenar por daño especial.

5. «La autonomía del derecho público [...] se ha estructurado sobre bases orgánicas materiales y formales [...] Desde un punto de vista orgánico, la autonomía se apoya en la diferencia entre gobernantes y gobernados y en la índole de las relaciones jurídicas que los unen [...] Desde un punto de vista material, la distinción se funda en la naturaleza de los intereses en juego. El fin esencial del Estado es el de satisfacer necesidades colectivas, y en razón de ese objetivo superior necesita apelar a sistemas autónomos que garanticen el cumplimiento de sus deberes sociales [...] Desde el punto de vista formal, la diferencia se funda en la manera como operan y se manifiestan las relaciones jurídicas ...».

CONSEJO DE ESTADO, Tercera, Arrieta, noviembre 2 de 1960, expediente 298, Ira Elischa Washburn contra la Nación.

6. «... a) Se sustituye la noción de culpa individual de un agente determinado, por la 'falla del servicio', o culpa de la administración; desaparece, en consecuencia, la necesidad de demostrar la acción o la omisión de un agente identificado; es suficiente la falla funcional, orgánica o anónima;

b) Se presume la culpa de la persona jurídica, no por las obligaciones de elegir y controlar a los agentes cuidadosamente, puesto que las presunciones basadas en estas obligaciones no existen en la responsabilidad directa, sino por el deber primario del Estado de prestar a la colectividad los servicios públicos;

e) Basta a la víctima demostrar la falla causante y el daño;

d) En descargo de la administración no procede sino la prueba de un elemento extraño (caso fortuito), hecho de un tercero o culpa de la víctima».

CORTE SUPREMA, Civil, Gómez, junio 30 de 1962, Reyna Ido Tinjaci contra Distrito Especial de Bogotá.  
 7. En 1968, con la determinación de las categorías de entidades descentralizadas, se escindiría nuevamente la competencia según la condición del ente llamado a responder.

8. La responsabilidad del Estado por sus actividades jurisdiccionales es difícilmente aceptada por la doctrina tanto nacional como extranjera. Se da como razón fundamental la cosa juzgada. Si la decisión jurisdiccional que ocasionó el daño es definitiva y con el alcance aludido, ella por mandato del legislador tiene fuerza de verdad legal y no puede ser cuestionada de nuevo, salvo que exista la posibilidad de su revisión. CONSEJO DE ESTADO, Tercera, Betancur, noviembre 26 de 1980, expediente 3062.

9. En la ley se comprendía como tal la justicia penal militar, expresión que fue declarada inexecutable. CORTE CONSTITUCIONAL, Naranjo, febrero 5 de 1996, C 037-96.

10. El artículo 12 dice que cumplen funciones judiciales las entidades mencionadas en el artículo 11, comprendiendo aquí con evidente contradicción a la penal militar. Al declararla executable la Corte Constitucional explicó: hay jurisdicción constitucional, Consejo Superior de la Judicatura, contenciosa, ordinaria y especiales (indígena, paz y penal militar). Agregó que tal mención se emplea en sentido orgánico, garantizando así oportunidad de dar autonomía a dicha actividad. CORTE CONSTITUCIONAL, *Ibid*, p. 39.

11. Sobre el particular, véanse los artículos 311 y 312, 327 y ss. de la Ley 5 de 1992.

12. Recordemos el salvamento de voto de ALFONSO CASTILLA, en que dijo: «... Un auto de detención pronunciado contra un funcionario de manejo por un visitador fiscal investido del carácter de funcionario de instrucción es una providencia de carácter judicial, expedida por funcionario competente [...] No hay duda, pues, que la acción intentada por el señor Lombo Ortega para que la Nación le indemnice los perjuicios que dice haber sufrido, tiene como fundamento la detención preventiva sufrida por él, en virtud de auto de detención proferido por funcionario competente por el supuesto delito de peculado».

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Carlos Portocarrero, marzo 3 de 1972, Lombo Ortega contra la Nación.

13. Tal ocasión permitió precisar: «Si bien es cierto la Superintendencia de Sociedades ejerce funciones administrativas típicas[...] no es menos cierto que este mismo código le asigna otras de claro sentido jurisdiccional, como son las que se relacionan con el trámite del concordato preventivo obligato-

rio de que dan cuenta los artículos 1928 y ss.» [...] «El cambio de funcionario competente que se observa, no modifica la índole de la función cumplida en estos casos que es netamente jurisdiccional». CONSEJO DE ESTADO, Tercera, Betancur, julio 26 de 1983, expediente 4094, Aerocóndor contra la Nación.

14. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Bonivento, junio 14 de 1984, Rita Alzamora de Mancini contra la Nación, donde se expresó:

«No se puede deducir responsabilidad por la omisión en la ejecución de una providencia que no se podía cumplir en virtud de la decisión posterior de la autoridad competente en tal sentido. Y la resolución que suspendió el lanzamiento, así haya sido proferida por un funcionario de la administración, es un verdadero acto jurisdiccional que puso fin a un juicio de naturaleza civil...».

Este criterio del Consejo de Estado admite dudas, porque puede haber allí una verdadera denegación de justicia que contraría los artículos 1, 2, y 9 de la Ley estatutaria.

15. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Valencia, mayo 31 de 1979, expediente 2388.

16. El CONSEJO DE ESTADO tuvo oportunidad de pronunciarse sobre esta materia el agosto 27 de 1992, en sentencia de la Sección Tercera, con ponencia de Julio Cesar URIBE, expediente 7187, proceso de David Rodríguez contra la Nación, Policía Nacional, donde se dijo que el escándalo suscitado en la prensa, después de un operativo policial, tendiente a la captura de personas cuya inocencia fue claramente comprobada: «... violó el contenido obligación que se impone al Estado, el cual exige de sus representantes la prudencia y ponderación necesarias para no violentar el patrimonio de sus asociados».

17. «El Estado está en la obligación de responder por las personas que ha capturado y que permanecen bajo su custodia». CONSEJO DE ESTADO, Tercera, Montes, febrero 14 de 1992, Luis Carlos Arévalo.

18. CONSEJO DE ESTADO, Tercera, Valencia, enero 14 de 1980, expediente 2367, Reynaldo Guerrero.

19. Recuérdese la sentencia de Consejo de Estado, Tercera, Valencia, junio 27 de 1985, Oiga López contra la Nación, en: *Jurisprudencia y Doctrina 1985*, P 706. En ella el Consejo de Estado condena a la Nación por las torturas a que fue sometida la actora, mientras estuvo retenida en los calabozos militares. antes

y después de la presentación formal a la justicia penal militar. Hoy, como se sabe, los particulares no pueden ser juzgados por tal especie particularísima de judicatura.

20. CONSEJO DE ESTADO, Tercera, Suárez Hernández, expediente 7058, Carmen Aminta Escobar.

21. «Una cosa es la intangibilidad de la cosa juzgada, presupuesto fundamental de las sociedades y también dogma político, y otra cosa son ciertos actos que cumplen los jueces en orden a definir cada proceso, de los que no requieren de más que de la prudencia administrativa. Por eso cuando con esos actos se causan daños, haciéndose patente el mal funcionamiento del servicio público, es ineludible que suja la responsabilidad».

CONSEJO DE ESTADO, Tercera, Castilla, julio 31 de 1976, expediente 1808, Samper Moscoso.

22. La disposición mencionada fué declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-037-96 de febrero 5 de 1996, porque se salía de los linderos admisibles para una ley estatutaria de la administración de la justicia. Reproducía ella las expresiones de la ley estatutaria sobre religión, que había sido declarada executable en sentencia de 3 de mayo de 1993 C-088-94, y por ello a pesar de la declaración anterior la norma debe entenderse vigente.

23. «Así las cosas, la actividad judicial de los auxiliares de la justicia, en detrimento de los deberes que la Constitución y las leyes les impone, bien puede llegar a comprometer, por acción u omisión, no solamente su responsabilidad personal y patrimonial de tales servidores públicos ocasionales, sino también la responsabilidad administrativa del Estado, en virtud de daños antijurídicos que le sean imputables frente a los litigantes y otros. Todo esto derivado del acentuado intervencionismo en la actividad para confeccionar las listas, para designar a los auxiliares de la justicia y para controlarlos estrictamente en el cumplimiento de sus deberes. Claro está que "En el evento de ser condenado el estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culpable de un agente suyo -así lo sea transitoriamente- aquel deberá repetir contra Este", según claras voces del artículo 90 Constitución Nacional».

CONSEJO DE ESTADO, Tercera, Suárez, noviembre 8 de 1991, expediente 6380, Ricardo Alberto Rivera.

24. CONSEJO DE ESTADO, Tercera, Suárez, junio 30 de 1994, expediente 9734, Neiro José Martínez Dita.

25. CONSEJO DE ESTADO, Tercera, Valencia, marzo 5 de 1981, expediente 2462, GTE de Colombia.

En este caso la sentencia concluye que hay retención de las mercancías por orden judicial, que no da lugar a responsabilidad, pero implícitamente se dice que de haberse dado alguna forma de responsabilidad patrimonial por falsa denuncia, la indemnización sería a cargo de la administración.

26. «Los artículos 98 a 103 del proyecto tratan de este tema sobre el cual existen dos posiciones, a saber:

La primera, de quienes afirman, que este articulado debe suprimirse y mantenerse únicamente la norma prevista en el artículo 22 del proyecto [...] que reproduce el artículo 90 de la Constitución para que sea la jurisprudencia la que desarrolle el tema.

La segunda, de quienes afirman que además de lo previsto en el artículo 90 de la Constitución y del 22 del proyecto [...] y sin perjuicio de los desarrollos que la jurisprudencia haga sobre el tema, de todas maneras deben existir unas normas precisas que definan la responsabilidad del Estado y de sus agentes por la acción o la omisión de las autoridades con motivo del ejercicio de la función jurisdiccional y de las competencias para el conocimiento de las acciones tanto de reparación como de las de repetición».

HUGO CASTRO ESPINOSA, HÉCTOR GUSTAVO ROJAS, Ponencia para primer debate al proyecto de ley estatutaria de la administración de justicia. En: *Gaceta del Congreso*, año III, N° 216, p. 11.

27. «La responsabilidad solidaria entre la entidad pública y uno de sus funcionarios se presenta de acuerdo con el artículo 2344 del Código Civil [...] Porque en el Contencioso Administrativo la responsabilidad es anónima de la administración y no personal del agente en quien puede recaer la falta o falla que de lugar a la pretendida indemnización.

Es que la responsabilidad solidaria [...] no surge de la condena en el proceso penal al conductor del vehículo sino de que se cumplan los presupuestos de hecho de las normas legales citadas».

CONSEJO DE ESTADO, Tercera, Gustavo de Greiff, en sentencia de octubre 22 de 1990, expediente 6091, actor Nelly Sandoval Alvarez. En: CONSEJO DE ESTADO, *Extractos de Jurisprudencia*, tomo X, 2ª parte, 4º trimestre, 1990, p. 83.

28. «En síntesis, la existencia de normas especiales de derecho público (artículos 90 de la Constitución y 77, 78 del Código Contencioso Administrativo, hacen inaplicables las reglas del Código Civil y del Código Penal antes detalladas, resultando claro que no se consagra la solidaridad entre la entidad pública y su agente, pues la ley colombiana, cuando ha tenido ese propósito, lo señala de manera expresa como corresponde a toda norma de excepción. En cambio, el artículo 78 del Código Contencioso Administrativo, cuando establece para los damnificados, la opción de demandar al ente público, al funcionario, o a ambos, se apoya en las reglas generales, las cuales, según se vio, se refieren a las obligaciones mancomunadas o simplemente conjuntas». Adición al voto de JUAN DE DIOS MONTES a la sentencia de octubre 27 de 1993, Sección tercera, expediente 7793, Augusto Efraín Miño.

29. «Es perfectamente aceptable porque así lo disponen entre otros los artículos 90 de la Constitución Nacional y 78 del Código Contencioso Administrativo que la condena en favor de la víctima y a cargo del estado desencadene la repetición contra el funcionario; situación distinta se presenta si, dentro de un proceso penal, la víctima constituida en parte civil es beneficiaria de la condena en perjuicios, no podrá posteriormente obtener una segunda condena por los mismos perjuicios, contra el estado en esta jurisdicción». CONSEJO DE ESTADO, Tercera, Montes, abril 27 de 1995, expediente 7369. En: *Jurisprudencia y Doctrina*, julio de 1995, p. 764.

30. DANIEL SUÁREZ, "Responsabilidad patrimonial del Estado derivada del error judicial y del funcionamiento anormal del servicio público de justicia" (fotocopia personal).

31. «Actualmente, y gracias al avance de las teorías sobre esta materia se afirma la responsabilidad directa y total de la administración, sin necesidad de conocer previamente si el daño se produjo por culpa del agente o de la administración [...] Sostene-mos que por economía de tiempo, de dinero y procesal, el damnificado debe iniciar la acción de indemnización directamente contra el Estado [...] sin establecer previamente que el daño no ha sido ocasionado por culpa, negligencia o falta personal del agente».

Juio I. ALTAMIRA, *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Astrea, 1993, pp. 71 y 74.

32. La Sección Tercera del CONSEJO DE ESTADO de-

liende unánimemente que el artículo 90 de la Constitución Política no modificó para nada la situación existente hasta 1991, y que por tanto el régimen de responsabilidad es el de la falla, con excepciones de responsabilidad objetiva.

33. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C037-96, *Cit.*, p. 158.

34. BEATRIZ QUINTERO y EUGENIO PRIETO, *Teoría general del proceso*, Bogotá, Temis, 1992, pp. 30-306.

35. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Uribe, septiembre 15 de 1994, expediente 9391, Alberto Uribe.

36. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C037-96, *Cit.*, p. 160.

37. MANUEL MARÍA DíEZ, *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Plus Ultra, 1971, tomo V, p. 174.

38. MIGUEL MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, s/f. tomo IV, p. 763.

39. «... El mismo [el error judicial] procede para su apreciación, respecto de las sentencias que hayan obtenido firmeza, cuando abiertamente, fuera de los cauces legales, se omiten o se parte de hechos distintos a los enjuiciados y sobre los que el Juzgado ha tenido un conocimiento equivocado por causas extraprocesales, incurriendo no en una interpretación errónea tanto fáctica como jurídica, sino más bien y desde la óptica de la más pura objetividad, claramente arbitraria, de incuria o de desaplicación y decisiones ilógicas o absurdas contrarias a la normalidad del proceso ...». Cita de: RICARDO DE ANGEL, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Madrid, Civitas, 1993, p. 493.

40. GEORGES VEDEL, *Derecho Administrativo*, Caracas s/e. 1980, p. 350.

41. Por vía de ejemplo recordamos la sentencia de la Sala de Casación Civil en el expediente 3004 donde se hace un examen de la cuestión sometida al juez primario para concluir: «Así las cosas, la Corte encuentra que la motivación de la Sala Laboral del Tribunal de Bogotá se apoyó en razones atendibles, y, por tanto, debe concluirse que los demandados no cayeron en el error inexcusable». CORTE SUPREMA, Civil, Jaramillo, junio 18 de 1991, expediente 3004, Cecilia Morales contra María Luisa Guingue y otros.

42. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C037-96, *Cit.*, pp. 161-162.

43. JOSÉ MARÍA REYES MONTERREAL, *La responsabi-*

*dad del Estado por error y anormal funcionamiento de la administración de justicia*, Madrid, Colecx, 1987, p. 20.

44. CONSEJO DE ESTADO, Tercera, Uribe, septiembre 15 de 1994, expediente 9391, Alberto Uribe.

45. La Corte Constitucional adoptó tal criterio en Sentencia C037-96, *Cit.*, p. 163.

46. Citado por HÉCTOR FIX, *La problemática contemporánea de la administración de justicia y el Derecho Constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994, ed. mimeografiada. 47. *Ibidem*.

48. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Civil, Romero, mayo 20 de 1991, expediente 1949, Marcela Pachón contra María Teresa Plazas.

49. CONSEJO DE ESTADO, Tercera, Uribe, mayo 24 de 1990, expediente 5451. Carmen Rosa Farfán contra la Nación.

50. Véase nota II.

51. CONSEJO DE ESTADO, Tercera, Uribe, junio 3 de 1993, expediente 7859, Leonardo Villamarín, en: *Informativo Jurídico*, N° 97, p. 70.

52. CONSEJO DE ESTADO, Tercera, Montes, agosto 30 de 1993, Neira contra la Nación, en: *Informativo Jurídico*, N° 97, p. 84.

53. CONSEJO DE ESTADO, Tercera, De Greiff, julio 11 de 1989, expediente 5446, en: *Jurisprudencia y Doctrina*, 1989, p. 648.

54. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C037-96, *Cit.*, p. 167.