

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DAÑOS CAUSADOS CON EL FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Daniel Suárez Hernández

I. GENERALIDADES

EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD del Estado ha evolucionado desde la irresponsabilidad absoluta del mismo frente a los daños causados a los asociados, propio de los regímenes monárquicos y absolutistas, hasta la responsabilidad patrimonial casi total que existe en la actualidad.

En la primera parte de esa evolución, aquella que corresponde al Estado monárquico y absolutista, en el cual el príncipe es depositario del poder ejecutivo, no se considera siquiera la idea de que alguna actuación de ese monarca que domina tal poderío y maneja fácilmente a todos pueda causar un daño, menos aún, que ese daño fuera objeto de indemnización.

La transición de ese Estado absolutista al Estado liberal burgués en nada modificó la irresponsabilidad del Estado, toda vez que estaba fundamentado en el pensamiento liberal de dejar hacer, dejar pasar, lo cual ocasionaba que el Estado no interviniera en las actuaciones de los asociados, bajo el prurito de no afectar su libertad. Esa falta de intervención llevaba necesariamente a la irresponsabilidad del Estado, por cuanto si no actuaba, no podía causar daños.

Muy gradualmente se evolucionó de la teoría de la irresponsabilidad absoluta del Estado a la responsabilidad patrimonial de los funcionarios, cuando éstos desempeñaban mal sus funciones con violación de la ley y con ello se causaba un daño a las personas o a sus bienes.

Es con el advenimiento del intervencionismo estatal que se vienen a sentar las primeras bases para hacer al Estado responsable de los daños que ocasionare con su actuación u omisión, cuando sus dependencias se encargan de la prestación de los servicios públicos. En esta etapa constituye un importante antecedente el fallo Blanco, proferido en Francia por el Tribunal de Conflictos el 8 de febrero de 1873, en el cual el fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado se aparta del principio de la responsabilidad civil del Código de Napoleón, para comenzar a estructurar un régimen específico de responsabilidad del poder público.

El progresivo aumento del intervencionismo estatal en las actividades de los asociados ha marcado seria evolución hacia la responsabilidad patrimonial, hoy casi absoluta, del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

II. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

EN VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN de 1886, la jurisdicción administrativa declaraba la responsabilidad de la Administración por los daños causados a los asociados con ocasión del actuar o de la omisión de las autoridades. Esa responsabilidad no tenía una consagración expresa en la Carta Política, pero se dedujo jurisprudencialmente de los artículos 16, 20 y 30, normas que preceptuaban el fin para el cual estaban estatuidas las autoridades de la República, sus límites y el respeto por la propiedad privada y la indemnización previa en caso de expropiación. El incumplimiento por parte de las autoridades de esas funciones y el irrespeto a tales derechos, habiendo sido instituidas aquéllas por expreso mandato constitucional, para su protección, permitió el desarrollo jurisprudencial de la responsabilidad estatal, bajo los regímenes de responsabilidad con falla y responsabilidad sin falla; distinguiéndose en el primero, en relación con su prueba, la falla presunta de la falla probada.

La teoría de la *falla presunta* manejada por la Sección Tercera del Consejo de Estado y aplicada a los eventos en que los perjuicios han sido irrogados con ocasión del ejercicio de una actividad peligrosa, como es el uso de armas de fuego o la conducción de automotores, se expuso particularmente en sentencias de febrero 20 y julio 31 de 1989. Según la tesis sustentada, la falla del servicio se presume y tal presunción puede ser desvirtuada por la Administración demostrando el buen funcionamiento del servicio, en los ejemplos propuestos, la correcta utilización de los referidos elementos que implican riesgos.

La orientación jurisprudencial a la que se hace referencia en las sentencias anteriores enmarcaba la responsabilidad estatal en dos tipos o regímenes desarrollados bajo la perspectiva de la falla del servicio, probada o presunta, a las cuales se adicionó un tercero bajo la llamada responsabilidad objetiva o sin falta, así:

1º El primero era el denominado *ordinario* o de la *falla probada* del servicio, en el cual al particular le incumbe demostrar la falla del servicio. «Se caracteriza este régimen, como en múltiples ocasiones lo ha señalado la jurisprudencia, por tres elementos constitutivos, a saber, una falta o falla del servicio, un perjuicio y una relación o vínculo de causalidad entre la primera y el último. En este régimen la noción de falla es a tal punto esencial, que corresponde al actor dar la prueba de su ocurrencia» (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de febrero 20 de 1989, proceso N° 4655).

2º El régimen intermedio, de la *falla presunta*, fundado también en la falla del servicio, en el cual el particular está eximido de acreditar dicha falla porque se presume, pero la Administración puede exonerarse si demuestra que no se ha presentado falla del servicio. Como eximentes pueden alegarse, entonces, la existencia de fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima, el hecho exclusivo de un tercero o el buen funcionamiento del servicio. «En este sentido, la ausencia de falla del servicio, demostrada por la Administración pública demandada, la exonera de responsabilidad porque rompe la presunción de imputabilidad, así el vínculo de causalidad entre el hecho de la Administración y el perjuicio continúe intacto».

En esta categoría intermedia se incluyeron los casos en los cuales los perjuicios se ocasionaban con arma de dotación oficial. En la sentencia de julio 31 de 1989 (exp. N° 2852), se consagra este punto y además se reitera que en tales eventos no hay responsabilidad por riesgo sino por falla en el servicio.

3º En el tercer sistema se incluyen los regímenes de responsabilidad objetiva de la Administración. «El elemento falla del servicio no entra en juego, ni como *onus probandi*, a cargo del actor, ni como presunción de falla, inversora de la carga de la prueba. Se trata de los regímenes que la generalidad de la doctrina denomina objetivos, que también reúnen como elementos constitutivos un hecho y un perjuicio causado por aquél. En los campos de la actividad administrativa a los cuales se aplica, la Administración solamente se exonera si demuestra la fuerza mayor o el hecho de la víctima. No ocurre otro tanto con el caso fortuito».

En este tercer sistema se contempla la teoría del daño especial, la responsabilidad por expropiación y por ocupación de inmuebles en caso de omisión de las autoridades públicas.

III. DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991 (ART. 90)

EL ENFOQUE JURISPRUDENCIAL anterior ha sido modificado por la Sala en varios aspectos, especialmente a partir de la vigencia de la nueva Carta Política, al disponer en su artículo 90: «El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas».

Esta disposición se constituye entonces en el fundamento constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado. Ella es, como lo ha dicho la Sección Tercera del Consejo de Estado, «un importante avance en el derecho colombiano como que por primera vez en forma expresa se contempla en la Constitución la responsabilidad del Estado» (sentencia de marzo 2 de 1993, exp. N° 7429. Actor: Nancy Amparo Ramírez. M. P.: Carlos Betancur Jaramillo).

Con anterioridad la corporación sostuvo: «... La nueva norma constitucional basa la responsabilidad estatal en el daño antijurídico, siendo éste el pilar de la estructura del nuevo régimen, sin que por ello pueda entenderse que desaparece la responsabilidad por falla del servicio. En esta disposición se consagró la responsabilidad patrimonial del Estado por el daño antijurídico que le sea imputable, causado por las autoridades, ya con una acción u omisión irregular o con el ejercicio legítimo de sus funciones. En principio, no juega el problema de la culpa ya que la norma constitucional desplaza el problema de la antijuridicidad de la conducta de la persona administrativa (funcionamiento irregular del servicio público) y lo radica en la antijuridicidad del daño» (sentencia de julio 30 de 1992, exp. N° 6491. Actor: Ninfa viuda de Celis. M. P.: Carlos Betancur Jaramillo).

De acuerdo con el artículo 90 de la Constitución Nacional, son elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado los siguientes:

1. Que se cause un daño antijurídico.
2. Que el daño sea imputable, por acción u omisión, a una autoridad pública (la Administración en sentido genérico, aquélla encargada de desarrollar los fines esenciales del Estado, los cuales se contemplan en el artículo 2º de la misma Carta).

De acuerdo con la naturaleza del daño antijurídico la responsabilidad estatal fundamentada en el artículo 90 de la Carta, también puede clasificarse en dos tipos: uno en el que estará presente la noción de falla del servicio y otro en el que la responsabilidad es objetiva, lo que impide que la interpretación esté únicamente orientada en esta última dirección.

Cabe resaltar entonces:

1º El daño causado por un comportamiento irregular de la Administración (irregularidad o falla que se puede dar por acción o por omisión). En esta hipótesis se dará la responsabilidad estatal por falla del servicio. Aquí el daño sigue siendo antijurídico y objetivo en la medida en que el particular no está obligado a soportarlo, él no debe soportar un perjuicio producido por una conducta irregular de la Administración; puede hablarse de antijuridicidad subjetiva.

2º El daño causado por conductas de la Administración que, aunque puedan calificarse como regulares o lícitas, producen un daño que el afectado no estaba obligado a sufrir. En este caso la antijuridicidad del daño ya no surge de la conducta administrativa sino del mismo daño en los términos en que atrás quedó definido.

En esta categoría de daño la responsabilidad del Estado es indudablemente objetiva. Como lo ha dicho el Consejo de Estado, ella se desvincula de la licitud o ilicitud de la actuación.

La doctrina española habla en este punto del funcionamiento normal y del funcionamiento anormal del servicio público. Así se dice que:

«En el supuesto funcionamiento normal, ello quiere decir que la actividad de la Administración es perfectamente lícita, pero sin embargo, la Administración a través de una actividad lícita también puede producir daños a los particulares, como por ejemplo, los daños producidos con ocasión de accidentes (transportes públicos, situaciones de emergencia, etc.).

«En el caso del funcionamiento anormal, la imputación a la Administración del daño producido es más sencilla, pues existe un reproche de culpabilidad hacia el agente de la Administración.

«Pero no todos los daños que causen las personas al servicio de la Administración se imputarán inmediatamente a ésta, sino sólo los que sean como consecuencia del ejercicio de funciones públicas, excluyendo, en consecuencia, la actividad privada de los agentes o funcionarios de la Administración» (Eduardo Barrachina Juan. *Curso de Derecho Administrativo*, 2ª ed., Barcelona, 1986, p. 477).

IV. NOCIÓN DE DAÑO ANTIJURÍDICO

SOBRE ESTA NOCIÓN se recoge el criterio autorizado del profesor Juan Miguel de la Cuétara, quien en su obra *La Actividad de la Administración*, al referirse al daño antijurídico, hace las siguientes observaciones:

«A finales del siglo pasado, Orlando propuso fundar sobre la idea de “lesión” toda la construcción de la responsabilidad administrativa, abandonando cualquier indagación acerca de la conducta del agente que ocasiona la misma. La doctrina actual, de la que son excelentes representantes en nuestro país Leguina y García de Enterría, ha desarrollado este concepto de lesión como todo perjuicio antijurídico y situado en él la fundamentación del consiguiente deber de reparación. En palabras de Leguina, «el daño será antijurídico cuando la víctima del mismo no esté obligada –por imperativo explícito del ordenamiento– a soportar la lesión de un interés patrimonial garantizado por la norma jurídica». Siendo esto así, sólo resta la imputación a la actividad administrativa para que nazca, por la propia virtualidad de la nota de “injusto” (García de Enterría), el deber de resarcimiento. Esta teoría reúne una serie de características positivas

que deben ser puestas de relieve. Por una parte, es destacable la nota de la objetividad, puesto que no se trata de ningún perjuicio causado antijurídicamente, sino de un perjuicio antijurídico en sí mismo; por otra parte, se desvincula la licitud o ilicitud de la actuación de la que se deriva la lesión, con lo que se hace capaz de abarcar la totalidad de supuestos de responsabilidad posibles.

«La jurisprudencia, por su parte, ha acogido ampliamente los términos en que está formulada la teoría, insistiendo especialmente en la idea de que la responsabilidad surge cuando un particular no está obligado a soportar un detrimento patrimonial. A continuación se transcriben unos párrafos en los que se desarrolla con claridad meridiana la postura del Tribunal Supremo:

«Sentencia de marzo 27 de 1980 (Sala 4ª Ref. Art. Nº 2249): por responsabilidad de la Administración –central o local– ha de entenderse aquella obligación general que a la misma incumbe, fuera del ámbito del ejercicio de sus potestades expropiatorias –que tiene una regulación especial– de resarcir a los particulares de los daños y perjuicios que, no estando obligados por imperativo legal u otro vínculo jurídico a soportar, sean consecuencia del quehacer administrativo de aquélla.

«Siempre que se produzca un daño o un perjuicio en el patrimonio de un particular, sin que éste venga obligado por una disposición legal o vínculo jurídico a soportarlo, encontrando su causa desencadenante precisa en el mencionado funcionamiento, mediante un nuevo nexo de efecto a causa ha de entenderse que se origina automáticamente en la Administración la obligación de su directo y principal resarcimiento.

«La *ratio legis* verdadera consiste en que cualquier particular, por el solo hecho de haber entrado en la obligada esfera de actuación administrativa que el principio de soberanía comporta, quedando subordinado a ella sin un deber expreso de sacrificio, siempre que haya sufrido un daño o sacrificio que reúna las condiciones de “injusto, efectivo, económicamente evaluable y susceptible de individualización personal o grupal”, ha de tener la garantía por parte de la Administración de su resarcimiento, dotándole de acción procesal directa contra la misma, sin que sea para ello preciso identificar si en el mencionado actuar lesionante hubo comportamiento voluntario, doloso o culposo de la persona o personas que encarnan el órgano administrativo que lo produjo, máxime cuando el daño o perjuicio hubiera sólo sido originado por un comportamiento institucional» (*Op. cit.*, pp. 554 y 555).

Con todo, los conceptos anteriores han sido atemperados por la Sección Tercera del Consejo de Estado, cuando sobre el daño antijurídico afirmó:

«Estas y otras cuestiones que pueden plantearse nos informan que la antijuridicidad de los daños posee unos límites, límites que lo son también en la operatividad del sistema jurídico y de los que, para cerrar este tema, recordaremos la formulación realizada por Villar Palasi: son, por un lado, las actuaciones de la Administración encaminadas a la creación de las condiciones sustanciales de la vida colectiva (manifestadas a través del ejercicio de las potestades organizatorias de la vida común), y por otro lado, aquellos perjuicios que por el número de los afectados o por cuantía implicarían una indemnización incompatible con el mantenimiento de la economía de un país (tal sucede, por ejemplo, en los daños de guerra, en algunas operaciones drásticas de saneamiento económico, etc.)» (cita de J. M. de la Cuétara. *La Actividad de la Administración*, Tecnos, pp. 574-575 en la sentencia de diciembre 14 de 1992, exp. Nº 7130. Actor: Lidia Rosas de Noguera. M. P.: Julio César Uribe Acosta).

V. EL CONCEPTO DE IMPUTABILIDAD

LA IMPUTABILIDAD DEL DAÑO a la Administración es más que la sola relación de causalidad entre el hecho y el daño. La atribución de responsabilidad a la Administración requiere de un título, y dicho título es precisamente la acción o la omisión por parte de la autoridad encargada de la prestación del servicio. Sobre este tópico también se ha pronunciado la Sección Tercera del Consejo de Estado, así:

«... No basta con que exista un daño antijurídico sufrido por una persona; es menester, además, que dicho daño sea imputable, vale decir, atribuido jurídicamente al Estado. La imputación, lo enseñan Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, es un fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado del poder de reparar un daño, con base en la relación existente entre aquél y éste;

«[...] El objetivo último que se persigue no es tanto el de identificar a una persona como autora del hecho lesivo, sino el de localizar un patrimonio con cargo al cual podrá hacerse efectiva la reparación del daño causado. Esta finalidad garantizadora que está en la base de todo sistema de responsabilidad patrimonial produce con frecuencia una disociación entre imputación y causalidad.

«[...] La mera relación de causalidad entre el hecho (y su autor) y el daño no basta para satisfacer la atribución del deber de reparación al sujeto a quien la ley califica de responsable. Así, ocurre por lo pronto cuando la responsabilidad se predica de personas jurídicas [...]

«Con esta orientación es lógico concluir que la falla del servicio ha sido en nuestro derecho y continúa siendo el título jurídico de imputación por excelencia. Sin perjuicio, claro está, de que por otras razones jurídicas o por motivos de equidad existan otros títulos de imputación excepcionales que determinan las diversas clases de responsabilidad sin falla, tal como por ejemplo el desequilibrio ante la igualdad frente a las cargas públicas...» (sentencia de julio 13 de 1993, proceso N° 8163. Actor: José Elías Rivera Arenas).

A partir del artículo 90 de la Constitución Nacional y de la jurisprudencia se imponen las siguientes precisiones:

A. MANERAS DE LA DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE

LA DOCTRINA EXPUESTA en la citada sentencia de julio 13 de 1993, según la cual lo primero que debe buscarse es si de las pruebas recaudadas aparece demostrada la falla en el servicio, y en caso positivo condenar con base en dicho régimen, y no acudir a los otros sino tan sólo en forma subsidiaria, tiene en cuenta el principio *iuri novit curia* adoptado por la Sala, sobre el cual se lee en la sentencia de febrero 20 de 1989, exp. N° 4655:

«Si bien es cierto que en el caso de autos el autor hace la calificación jurídica, innecesaria e irrelevante, por demás, de su pretensión, ello no obsta para que la Sala pueda entrar a dictar sentencia de mérito, considerando la pretensión indemnizatoria formulada en la demanda y otorgándole el fundamento jurídico correspondiente, pues el juzgador en procesos como el presente debe aplicar en toda su extensión los clásicos principios romanos que enseñan que las partes

suministran los hechos al juez y éste dispensa a aquéllas el derecho el cual debe conocer y aplicar (*da mihi factum dabo tibi ius, iura novit curia*).

El juzgador debe determinar primero el régimen de responsabilidad aplicable al caso sometido a su decisión, teniendo en cuenta los hechos expuestos en la demanda. Determinado dicho régimen (por el juez), de él se deducirá qué elementos lo configuran y cuál es la distribución de la carga de su prueba; esto es, cuáles debía acreditar el demandante y cuáles son las posibles causas de exoneración que jurídicamente son procedentes en dicho régimen y que corresponde acreditar al demandado. Tras establecer lo anterior, se procede a realizar el análisis probatorio y a tomar la decisión que de él surja.

B. UNIDAD DE FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL

LA RESPONSABILIDAD ESTATAL deberá siempre derivarse de la disposición constitucional del artículo 90. Es esta norma la que contempla en la actual legislación positiva la responsabilidad extra-contractual del Estado y con base en ella deben desarrollarse los regímenes de responsabilidad estatal.

Este artículo constitucional no amplió el ámbito de la responsabilidad estatal introduciendo en nuestra legislación la responsabilidad objetiva.

El contiene tanto la responsabilidad objetiva como una responsabilidad por falla del servicio, que se presenta cuando la antijuridicidad del daño no se deriva del mismo daño sino de la conducta de la Administración.

Con base en esta disposición la Administración, como lo dice la sentencia de junio 27 de 1991, debe «resarcir a los particulares de los daños y perjuicios que, no estando obligados por imperativo u otro vínculo jurídico a soportar, sean consecuencia del quehacer administrativo de aquélla...» (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de junio 27 de 1991, proceso N° 6454).

C. PRINCIPIO OBJETIVISTA DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL, SUS IMPLICACIONES RESPECTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA DE SUS ELEMENTOS

LA RESPONSABILIDAD ESTATAL, tal como se plantea en la norma constitucional, en principio, no está concebida como consecuencia de actividad subjetiva; en el artículo 90 de la Carta no aparece como elemento de la responsabilidad de la Administración la falla en el servicio, que constituía el pilar fundamental de la responsabilidad estatal antes de la expedición de la Carta. Pero ello no quiere decir, de manera alguna, que no admita también la responsabilidad por falla aprobada, falla presunta, daño especial y responsabilidad objetiva.

Todo daño que sufra un particular por la acción u omisión de la Administración, en principio es antijurídico, y de él nace la obligación de reparación del Estado; de conformidad con el artículo 90 de la Constitución, la sola existencia del daño antijurídico le hace derivar para la Administración la obligación de reparar el perjuicio que el mismo ha causado. Si existe alguna causa que justifique dicho daño, y que le quita el linaje de antijurídico eximiendo a la Administración de repararlo, esa causal de justificación debe ser acreditada por la propia Administración. El hecho constitutivo de la responsabilidad es el daño, que como se ha dicho, normalmente es antijurídico. La justificación de dicho daño, que constituye un hecho que impide el nacimiento del deber de reparación, debe ser acreditada por la Administración.

La jurisprudencia española sobre este punto ha dicho: «Al ser la responsabilidad de la Administración objetiva, para que la obligación de indemnizar nazca basta con que el daño material e individualizado no sea consecuencia de fuerza mayor y proceda del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en relación de causa a efecto, correspondiendo la prueba del daño sufrido y su origen al particular que solicita la indemnización, y la del hecho impeditivo de la pretensión, fuerza mayor, a la Administración demandada, en adecuada y correcta aplicación de la carga de la prueba establecida en el artículo 1214 del Código Civil» (sentencia de diciembre 7 de 1981, M. P.: Santolaya Sánchez, tomado del libro *Curso de Derecho Administrativo*, 2ª ed. Barcelona, 1986, p. 478).

Bajo esta perspectiva, al particular le corresponderá en todos los casos demostrar:

1º La acción u omisión de la Administración. La prueba de la imputación se refiere a que la conducta que ocasiona el daño (acción u omisión) sea causada por ella; bien que ella sea imputable a la Administración sin determinar un agente responsable o a uno determinado de sus agentes, punto en el cual siguen siendo aplicables todos los desarrollos jurisprudenciales adelantados sobre el nexo de la conducta con el servicio (ver especialmente sentencia de abril 27 de 1989, exp. N° 4992. Actor: Olga Celis Sepúlveda. M. P.: Antonio José de Irisarri R.); aquella del hecho de la propiedad del instrumento con el que se causó el daño (por ej., vehículos oficiales, armas de fuego de dotación oficial).

Pero la prueba de este elemento tiene que ver simplemente con la relación causal, sin que se requiera un título de atribución de imputabilidad, pues el particular debe simplemente demostrar la conducta de la Administración, sea ella adecuada o inadecuada; si se exige que se pruebe que es del segundo tipo, se vuelve por esta vía al sistema de la responsabilidad subjetiva que, como se ha visto, no es la regla general que dicta el artículo 90 de la Carta.

En este punto se reitera lo expuesto por el Consejo de Estado, en sentencia de julio 12 de 1993, exp. N° 7622. M. P.: Carlos Betancur Jaramillo:

«Una cosa es la antijuridicidad del daño y otra es el criterio para definir la imputación. El daño es el efecto de una conducta (regular o irregular). La imputación es el elemento o vínculo que permite evidenciar la relación causal entre ese daño y el sujeto que lo produce, prescindiendo en esa relación de la calificación de la ilegalidad de la conducta de un funcionario determinado o del servicio objetivamente considerado».

2º La existencia del daño.

3º La relación de causalidad entre la conducta administrativa y el daño sufrido.

De probarse estos extremos se tendrá que la Administración es patrimonialmente responsable por ese daño, no obstante lo cual podrá exonerarse:

1º Con la prueba de una de las causales que destruyan la imputación que a ella se ha hecho, del daño sufrido por el particular.

Al respecto el Consejo de Estado ha dicho:

«La imputación patrimonial, aun tratándose de la responsabilidad objetiva, no impide la operancia de las causales de exoneración conocidas como fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o el hecho de tercero igualmente exclusivo y determinante; y no las impide, porque estas causales debidamente probadas destruyen la imputación que se le hace a la Administración para mostrar que ésta no tuvo nada que ver con el resultado dañoso, que no fue, en otras palabras, su

causa (sentencia de julio 12 de 1993, exp. N° 7622. M. P.: Carlos Betancur Jaramillo).

Cuando se demuestre que el daño le es imputable a la Administración tan sólo en forma parcial, la responsabilidad será *compartida con la víctima*, lo que se traduce también en una reparación solamente parcial.

En cuanto a la culpa exclusiva de la víctima, el concepto debe precisarse para eliminar de él cualquier juicio de valor sobre la conducta de aquélla.

Debe entonces mejor denominarse esta causal como el hecho de la víctima que, cuando es exclusiva y determinante causa del daño, exonera totalmente de responsabilidad a la Administración, sin importar que sea o no culposo. Esta causal debe destruir la imputación del hecho a la Administración; tiene que ver con la relación de causalidad entre el hecho de la Administración y el daño producido, en el sentido de que conduce a determinar entonces que el perjuicio se produjo por el hecho exclusivo y determinante de la víctima y no por la conducta de la Administración.

Por el contrario, si el hecho culposo de la víctima fue determinante del daño pero no en forma exclusiva, se producirá una reducción de responsabilidad porque el mismo será imputable sólo en forma parcial a la Administración (art. 2357 C. C.).

La exigencia de un hecho culposo de la víctima cuando se trata de exoneración parcial se justifica porque para que ella resulte responsable de parte del perjuicio que recibió no se requiere solamente que haya participado en la realización del daño, lo cual resultará siempre necesario. No puede justificarse la exoneración parcial en un hecho no culposo de la víctima, por cuanto «tal solución podría presuponer a la carga de cada uno un principio de responsabilidad por riesgo que justifique en todas las hipótesis de una parte del daño en cabeza de la víctima, lo que ningún texto legislativo podría justificar» (Flour et Aubert. *Droit des Obligations*, París, 1981, T. II, p. 312).

2° En los casos en que la antijuridicidad del daño se derive de la conducta de la Administración (antijuridicidad subjetiva), podrá exonerarse probando que el daño causado al particular no es antijurídico. Que no obstante que el daño se produjo por su conducta, su conducta fue adecuada y el particular debía soportarlo.

La demostración de una conducta adecuada o lícita en veces llevará a la conclusión de que el daño no es antijurídico pues el particular debía soportarlo en virtud precisamente de la ley.

Por vía de ejemplo, en el caso de responsabilidad por decomiso de mercancías (daño subjetivamente antijurídico), si la Administración demuestra que el decomiso fue legalmente realizado, el daño dejará de ser antijurídico pues el particular estaba obligado a soportarlo por disposición de la ley.

Por el contrario, cuando el fundamento de la responsabilidad se deriva de la antijuridicidad objetiva del daño, la demostración de dicha licitud no tendrá efecto, porque el daño sigue siendo antijurídico.

Aquí el daño es antijurídico porque él se fundamenta no en la conducta de la Administración, sino en la garantía de reparación que ella debe brindar a los particulares cuando con su conducta lícita les ocasione daños que ellos no están obligados a soportar, fundamentalmente basándose en el principio de la igualdad ante las cargas públicas, como lo dijo la Sala en sentencia de julio 30 de 1992 (exp. N° 6941. Actor: Ninfa Rubio viuda de Celis. M. P.: Carlos Betancur Jaramillo).

El artículo 90 de la Constitución Política de 1991 impone al Estado la obligación de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

El término “autoridades públicas” debe entenderse en su acepción genérica como cualquier autoridad encargada de cumplir las funciones del Estado, las que a la luz de la nueva Constitución pueden agruparse en las siguientes: la ejecutiva, la legislativa, la judicial, las de control y la electoral. El artículo 90 en manera alguna limitó a las autoridades encargadas del ejercicio de la función ejecutiva la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos causados por tales autoridades. Por consiguiente, debe entenderse que esa responsabilidad patrimonial se presenta frente al daño antijurídico causado por toda autoridad que cumpla cualquiera de las funciones a cargo del Estado, bien sea que las atienda directa o indirectamente.

Dentro de estas funciones se encuentra la prestación del servicio público de la administración de justicia. Desde luego que no existe razón para que el Estado sea irresponsable por los daños antijurídicos causados con ocasión de la prestación de este servicio público, por las autoridades encargadas de ejercer esa función (art. 116 C. P.).

VI. DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE SUS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS JUDICIALES

LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA apenas a partir del año 1993 empezó a admitir, aunque en forma tardía, la posibilidad de declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados por los encargados de prestar el servicio público de justicia; seguramente a ello había contribuido la inexistencia de una legislación que, en forma expresa, regulara la materia. Situación que no debió ser óbice para declararla a la luz de la Constitución de 1886, época en la cual la responsabilidad del Estado se declaraba, por parte de la jurisdicción administrativa, fundamentándose en el incumplimiento de las obligaciones que a las autoridades de la República les imponía el artículo 16, según el cual estaban en el deber de proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra y bienes, y de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Normas éstas que tampoco distinguían las autoridades a las cuales se refería, como no lo hace la Constitución de 1991, lo que permitía incluir en tal concepto a las autoridades encargadas de la administración de justicia. En este orden de ideas, si esa norma permitió a la jurisprudencia declarar la responsabilidad administrativa por los daños causados con las actuaciones de las autoridades que prestaban sus funciones en la rama ejecutiva, debió servir también como fundamento para declarar esa responsabilidad por los daños causados por la acción o la omisión de las autoridades encargadas de administrar justicia.

Sobre este punto se pronunció la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de noviembre de 1973, en la que manifestó:

«No ha sido posible obtener que se acepte y se generalice el principio de la responsabilidad del Estado por la falla en el servicio de justicia. En Colombia ha prosperado la indemnización por la falla administrativa. Pero ha sido imposible que se dé aplicación al artículo 10º de la Convención Americana de Derechos Humanos. ¿Qué razón existe, por lo demás, para dar aplicación al artículo 16

cuando se trata de una falla administrativa y no cuando la falla es judicial? En algunas constituciones se establece la solidaridad del Estado y del juez, en tanto que otras responsabilizan directamente al Estado, pues el fallador es un agente. Este principio es de vital importancia establecerlo».

Cualquier duda que hubiera podido existir sobre este tópico en la Carta Política de 1886, quedó completamente despejada con el artículo 90 de la Constitución Nacional de 1991, al consagrar la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas; autoridades entre las cuales se encuentran, sin lugar a dudas, aquéllas encargadas de la función judicial, en todas sus manifestaciones.

Hoy existen disposiciones legales que desarrollan expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado por el error judicial. En materia penal, el artículo 414 del actual Código de Procedimiento Penal preceptúa: «*Indemnización por privación injusta de la libertad.* Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiese sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave».

Esta norma sirvió como fundamento a la Sección Tercera del Consejo de Estado para condenar por detención ilegal, en sentencias de junio 30 de 1994 y septiembre 15 del mismo año, proferidas en los procesos números 9734 y 9391, en los cuales se resolvió la situación de los demandantes que estuvieron en detención preventiva por un término de 9 meses, concluyéndose posteriormente la inexistencia del delito y la falta de autoría.

Con anterioridad, en sentencia de octubre 1º de 1992, dictada en el proceso No 7058, la misma corporación declaró la responsabilidad patrimonial del Estado, Ministerio de Justicia, por la muerte de un recluso que falleció dada su avanzada edad (más de 65 años) y su deteriorado estado de salud, a pesar de lo cual el juzgado segundo de orden público de Ibagué, por cuenta del cual se encontraba en detención preventiva, le había negado la suspensión de la detención. En este caso el daño antijurídico se causó por un error de la actuación administrativa de la jurisdicción.

No es una figura novedosa en el ámbito internacional la responsabilidad del Estado por el funcionamiento anormal de la administración de justicia. Mientras que en Colombia tal responsabilidad inicialmente es deducida del artículo 90 de la Carta Política dado el término genérico de "Autoridades Públicas" que trae la norma, en España esa responsabilidad está respaldada en norma positiva expresa con rango constitucional, artículo 121, que dispone: «Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la administración de justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley».

La legislación española distingue dos fuentes de responsabilidad derivadas de la prestación del servicio público de la administración de justicia; una, cuando el daño es causado por error jurisdiccional; la otra, cuando proviene del funcionamiento anormal de la administración de justicia.

Entretanto en la República de Argentina afirma Carlos Alberto Parellada, en su obra *Daños en la actividad judicial e informática desde la responsabilidad*

profesional, respecto de la consagración legislativa de la responsabilidad por la acción u omisión de los jueces:

«La cuestión de la responsabilidad de los jueces a nivel constitucional y legislativo. - La responsabilidad estatal –en general y por tanto aplicable al error judicial– es objeto de regulación en las Constituciones provinciales de Santiago del Estero (art. 7º), Jujuy (art. 10º), La Rioja (art. 48), Salta (art. 5º), Río Negro (art. 9º), La Pampa (art. 11), Formosa (art. 19), Chubut (art. 28), Neuquén (art. 40), Misiones (art. 27), Santa Cruz (art. 29), Santa Fe (art. 18). En la Constitución de Catamarca la responsabilidad del Estado es subsidiaria (art. 47). La acción directa contra el funcionario es admitida en forma expresa por las Constituciones provinciales de Santa Fe (art. 93, inc. 7º), Catamarca (art. 219), Córdoba (art. 14), San Juan (art. 43), Mendoza (art. 48), Entre Ríos (arts. 23 y 167. 1. inc. Y), Neuquén (art. 40), Corrientes (art. 27), Santiago del Estero (arts. 7º y 37), Tucumán (art. 4º), Chaco (art. 72) y Formosa (art. 19).

«El artículo 10º de la Constitución de Jujuy (1986) reza: “Toda persona que ejerce cargo público es responsable de sus actos, conforme a las disposiciones de esta Constitución y de la ley. El Estado responde por el daño civil ocasionado por los funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos, por razón de la función o el servicio prestado, sin perjuicio de la obligación de reintegro por parte del causante”.

«El artículo 1112 del Código Civil es otra norma que –según nuestra opinión– prevé la responsabilidad de los jueces, en su carácter de funcionarios públicos, por las irregularidades dañosas que cometieran».

Respecto del fundamento de esta responsabilidad por el actuar de los funcionarios encargados de la administración de justicia el mismo autor argentino señala lo siguiente:

«En principio, el accionar del juez no importa un daño, sino el restablecimiento de los derechos vulnerados; pero nada impide que existan casos en los que el daño se configure, sea por error o malicia o por falta de prestación absoluta o inoportuna prestación del servicio de justicia.

«Tal posibilidad está contemplada en el Código Civil, cuando entre las obligaciones naturales se enuncia, en el inciso 4 del artículo 515, el supuesto en que el pleito se haya perdido por error o malicia del juez.

«Réplica a la tesis negatoria. La refutación del criterio de la irresponsabilidad, y la consecuente afirmación del deber de reparar los daños causados por el juez se sostiene en las siguientes razones:

«*La independencia*. Esta no se aminora por la responsabilidad. A nadie se le ha ocurrido sostener que el hombre –ser esencialmente libre e independiente– no deba responder por los daños que provoca a los demás.

«Por el contrario, la independencia es paralela a la responsabilidad, corren juntas. El ser independiente es responsable, pues se autodetermina y a esa potestad autodeterminante le corresponde la carga de responder por las decisiones adoptadas.

«Justamente, quien carece de independencia puede ser irresponsable, pero quien lo es, debe asumir las consecuencias del uso de su libertad o poder.

«La independencia de los jueces es una garantía funcional que se concede a los justificables, con el fin de crear la tranquilidad social de que el juez no estará sometido a presiones de los poderes políticos ni de los grupos sociales, de modo

tal que no pueda, por tales medios, torcérsese la voluntad de administrar justicia conforme a los mandatos de las leyes del Estado.

«Tal independencia se origina en la necesidad histórica de no subordinarlo a los demás poderes estatales, destruyendo la tradicional dependencia de la justicia del monarca. En efecto, en los tiempos de la monarquía, el rey delegaba en los jueces la facultad de la administración de justicia, y éstos duraban en sus cargos “mientras dure nuestra buena voluntad” (la del monarca). En el siglo XVII se renueva la fórmula por la de “mientras dure su buena conducta”, de ahí que la revolución liberal necesitara afirmar un principio contrapuesto al del antiguo régimen y proclamar el de la independencia del Poder Judicial.

«Aun la sentencia de los tribunales superiores no tiene garantía de infalibilidad; si por medio de la ficción de la “cosa juzgada” como verdad legal se impide su discutibilidad ulterior, se debe a una necesidad superior de evitar que las discusiones se eternicen, lo que requiere que bien o mal se restablezca la paz social, mediante la conclusión definitiva del litigio.

«El argumento de que “el derecho es lo que los jueces dicen que es”, no excluye el planteamiento de una serie de casos en los que las decisiones judiciales no ostentan el carácter de cosa juzgada ni de aquéllos en que la decisión es removida por cualquiera de los recursos ordinarios o extraordinarios».

Sobre la configuración de una responsabilidad por los daños causados con el actuar de los funcionarios encargados de la administración de justicia, el tratadista Mauro Cappelletti expuso diferentes posiciones fundadas en el derecho comparado, en su obra *¿Quién vigila a los vigilantes? Un estudio sobre la responsabilidad judicial*, respecto del cual resulta pertinente señalar lo siguiente:

«Dos obstáculos históricamente reales, pero hoy en día inaceptables para la responsabilidad judicial: a) el principio de que el Estado no puede errar, y b) el principio de la *res judicata*.

«La “tendencia mundial” para hacer jueces responsables encuentra dos obstáculos que, sin duda, son inaceptables en nuestro tiempo, el primero, porque es incompatible con la concepción democrática de gobierno civil liberal y el segundo, porque está arraigado en el principio que está tomado erróneamente, como si fuera un absoluto.

«Mientras diferimos en algunos aspectos importantes (para los cuales me referiré a los informes del doctor Santleben y a los del juez Fabre), el artículo 34 de la Constitución de Bonn de 1949 –el cual, como el texto italiano, se aplica a los funcionarios del Estado por lo general y, a su lado, a los jueces– y, el artículo 11 de la Ley 72-626 de Francia de julio 5 de 1972 –el cual se aplica específicamente a la función judicial– reflejan la misma filosofía moderna, y lo anterior es cierto también para la reciente Constitución democrática española. El Estado y sus órganos, ya sea (como en Italia o España) en concurrencia con, o (como en Alemania y Francia) en sustitución de los funcionarios individuales que actuaron para el Estado, es responsable, en principio, para con las personas injuriadas por un “error”, cometido en nombre del Estado. El juez Fabre comenta, en cuanto a la función judicial, que este descubrimiento ha resultado ser en Francia un punto real decisivo.

«Las decisiones judiciales –de acuerdo con el razonamiento– están sujetas normalmente a apelaciones, las cuales son las vías regulares y suficientes para que las partes agraviadas se protejan a sí mismas de la acción judicial errada. Una vez que una decisión judicial finaliza, asume la autoridad de *res judicata* así como

los doctores medievales pintorescamente proclamaron: *res judicata facil de albo ni grum et de quadrato rotundeum*. En otras palabras, así sea errada hipotéticamente en hecho y/o en derecho —*facilit jus*— y, como allí concluyen los argumentos, desde que la responsabilidad legal está basada en agravio, esto es, sobre *damnum injuria datum*, ¿cómo podría un acto, que crea la ley, causar un resultado que esté en contra de la ley?

«El estatuto alemán sobre la responsabilidad del Estado (*Staatshaftungsgesetz*) de junio 26 de 1981, vigente desde enero 1° de 1982, es muy liberal en proveer a la responsabilidad del Estado, por daños causados por la inequidad de los funcionarios públicos en general, los jueces entre ellos, en el ejercicio de sus funciones. Suficiente para esto es mencionar que esta responsabilidad incluye además los daños morales por valor y sufrimiento, así como la pérdida de beneficios. El estatuto, no obstante, mantiene una seria limitación de la responsabilidad estatal, la denominada *Haftungsprivilege*. Este “privilegio” distingue entre dos categorías de inequidad (*Pflichtverletzung*, esto es, violación de un cargo oficial): por un lado, la inequidad cometida por actos de funcionarios públicos sin carácter judicial, o por aquéllos judiciales que no están dotados del efecto *res judicata* y, por otro lado, la inequidad cometida por medio de una decisión judicial final (*res judicata*), o de una medida judicial, que debe ser la base para tomar tal decisión. A esta segunda categoría el “privilegio” se aplica, por cuanto la responsabilidad estatal por daños surge solamente si la violación es un acto penal, y la decisión judicial ligada es expedida por medios extraordinarios de ataque, que bajo circunstancias especiales y muy raras pueden ser usados para la *res judicata* usual.

«Regresando a nuestro problema particular, aparece claro lo insostenible que sería negar *a priori* que aquéllos que hacen leyes deberían estar facultados para afirmar la responsabilidad estatal por las decisiones judiciales erradas, el principio de *res judicata* a pesar de todo. No es que la prudencia y circunspección no se recomiendan en esta área. En efecto, estoy de acuerdo con el profesor Pugliese en aprobar la medida alemana (vieja o nueva), que excluye la responsabilidad del Estado si la parte injuriada intencional o negligentemente omitió hacer uso del sistema de apelación normal existente para el caso de un juicio errado. También, creo que sería razonable limitar la responsabilidad a errores muy serios de hecho o de derecho, como la mayoría de los sistemas legales lo hacen. El radio de acción de tal prudencia y circunspección, no obstante, no debería fijarse por el principio de la *res judicata* sino, por el contrario, por el valor que en principio tiene paz y certeza, y también por el valor posterior, independencia jurídica, la cual descansa en las mismas raíces de los límites de la responsabilidad judicial en general, un valor que ya vamos a analizar.

«La independencia judicial, entonces, parece a la mayoría de los observadores la meta de la inmunidad, más precisamente, de cierto grado de inmunidad. Pero, ¿una mayor inmunidad significará necesariamente una mayor independencia?

«A primera vista, una respuesta positiva a la pregunta es obvia. Pero si nosotros rayamos más allá de la superficie, pronto encontraremos que la inmunidad judicial y la independencia judicial son en sí mismas muy ambiguas y multifacéticas en sus conceptos y que, no menos que la *res judicata*, son también variables y no absolutas.

«La inmunidad judicial no está entonces, necesariamente, en relación con la independencia judicial. Puede existir un alto grado de inmunidad *vis-à-vis*

las partes, acompañada, naturalmente, por un alto grado de responsabilidad *vis-à-vis* el gobierno y viceversa; y esta responsabilidad frente al gobierno puede ir tan lejos como para convertirse en una negación total de la independencia jurídica.

«El valor fundamental –la “esencia” o “naturaleza”, por decir así– de la función judicial es entonces tener una decisión tomada por una tercera persona imparcial (*tertius super partes*) después de que las partes han tenido una justa oportunidad que asegura, *inter alia*, el carácter “participativo” de legislar por medio de las cortes. Verdaderamente, por muchos siglos, imparcialidad y equidad del proceso han sido vistas como las dos reglas “básicas de justicia natural”; así como yo he tratado por otra parte de demostrarlo, estas reglas constituyen los últimos rasgos del proceso judicial, diferenciándolo tanto del proceso legislativo como del administrativo.

«Inmunidad e independencia, por lo tanto, nunca deben ser vistas dentro del amplio contexto de aquellos otros liberalismos civiles, de valores democráticos, los cuales son apreciables en nuestro tiempo. La responsabilidad de la acción del Estado es, seguramente, un dogma importante de tales valores. De ahí que, como le repito, el problema de inmunidad sea, en términos más propios, un problema menos absoluto, más pragmático, de los límites de la responsabilidad, esto es, un problema de balancear el valor instrumental de la independencia judicial (interior y exteriormente), con el otro moderno (pero también viejo) valor democrático –responder de–. Es lo que dice el relator italiano muy agudamente: “*el privilegio de la irresponsabilidad judicial no puede ser el precio que la colectividad está llamada a pagar por la independencia judicial*”. En efecto, el problema completo de la irresponsabilidad judicial (de su tensión y balanceo con la independencia judicial) debería consistir en un esfuerzo que asegure el mejor y más concreto ambiente posible para la realización de los mejores valores fundamentales, reflejados en las reglas básicas de la justicia natural, la imparcialidad del juez y la equidad del procedimiento, y, consecuentemente, el más amplio carácter de participación (en este sentido democrático) del proceso judicial».

A. DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE SUS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS JUDICIALES EN LA LEY ESTATUTARIA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

1. *Presentación general*

El capítulo VI de la Ley 270 de marzo 15 de 1996 regula expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado por las actuaciones de sus funcionarios y empleados judiciales, comprendidos no sólo los agentes pertenecientes a la rama judicial sino también los particulares que excepcional o transitoriamente ejerzan o participen del ejercicio de la función jurisdiccional (art. 74).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 65 de la ley mencionada, el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.

Determina igualmente la misma norma en su inciso segundo que responderá por el error jurisdiccional, por la privación injusta de la libertad y por el deficiente funcionamiento de la administración de justicia.

a. *El error jurisdiccional*, definido en el artículo 67 como aquél cometido por 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, condicionado a los siguientes presupuestos (art. 68):

1° El afectado deberá haber interpuesto los recursos de ley en los eventos previstos en el artículo 70, excepto en los casos de privación de la libertad del imputado cuando ésta se produzca en virtud de una providencia judicial.

2° La providencia contentiva de error deberá estar en firme.

b. *La privación injusta de la libertad* determina la responsabilidad patrimonial del Estado en favor de quien haya sido privado injustamente de la libertad.

c. *El defectuoso funcionamiento de la administración de justicia*, entendido según el artículo 69 de la ley, en favor de quien haya sufrido un daño antijurídico a consecuencia de la función jurisdiccional, siempre que éste no obedezca al error jurisdiccional, ni tampoco a la privación injusta de la libertad.

El Estado no será responsable patrimonialmente del daño cuando éste se haya producido por culpa exclusiva de la víctima, la que está definida en el artículo 70: «... cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley».

El artículo 71 de la Ley 270 prevé la acción de repetición del Estado condenado a pagar una indemnización, contra el agente judicial cuya conducta generadora de responsabilidad estatal haya sido dolosa o gravemente culposa.

Culpa grave o dolo entendido por:

1° La violación de normas de derecho sustancial o procesal, determinada por error inexcusable.

2° El pronunciamiento de una decisión cualquiera, restrictiva, de la libertad física de las personas, por fuera de los casos expresamente previstos en la ley o sin la debida motivación.

3° La negativa arbitraria o el incumplimiento injustificado de los términos previstos por la ley procesal para el ejercicio de la función de administrar justicia o la realización de actos propios de su oficio, salvo que hubiese podido evitarse el perjuicio con el empleo de recurso que la parte dejó de interponer.

La acción de repetición deberá ejercitarse por el representante legal de la entidad estatal condenada, a partir de la fecha en que tal entidad haya realizado el pago de la obligación indemnizatoria a su cargo, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Ministerio Público y de que en el proceso de responsabilidad contra la entidad estatal el funcionario o empleado judicial pueda ser llamado en garantía.

El artículo 73 precisa que las correspondientes acciones de reparación directa y de repetición de que tratan los artículos anteriores las conocerá de modo privativo la jurisdicción contencioso administrativa conforme al procedimiento ordinario y de acuerdo con las reglas comunes de distribución de competencia entre el Consejo de Estado y los tribunales administrativos.

2. Anotaciones explicativas

La responsabilidad patrimonial del Estado por las acciones u omisiones de sus agentes judiciales que se predica es institucional y no personal, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, toda vez que se pretende con esta disposición, tal como quedó expuesto, que las consecuencias

provenientes de una acción u omisión de la autoridad pública con la cual se cause un daño antijurídico sea asumido por el Estado como ente y no por el funcionario con cuya conducta se produjo el perjuicio.

Tal como quedó dicho, el término “autoridad pública” contenido en el artículo 90 superior referido comprende en sentido amplio a todos los funcionarios de las tres ramas del poder público, dentro de los cuales están por supuesto incluidos los agentes judiciales o funcionarios de la rama judicial: magistrados, jueces, secretarios de despacho, auxiliares judiciales, escribientes, conductores, etc. Argumento este confirmado por lo dispuesto en el artículo 74 de la Ley estatutaria de la administración de justicia, según el cual se aplica el régimen de responsabilidad allí establecido, a «... todos los agentes del Estado pertenecientes a la Rama Jurisdiccional así como también a los particulares que excepcional o transitoriamente ejerzan o participen del ejercicio de la función jurisdiccional de acuerdo con lo que sobre el particular dispone la presente ley estatutaria», incluidos entonces, de conformidad con esta norma, los conjuces como sujetos cuyas conductas son determinantes de este régimen de responsabilidad extracontractual.

La responsabilidad que se determina con las actuaciones de los jueces es, como se dijo, institucional y no personal, punto este respecto del cual resulta interesante conocer lo afirmado por el tratadista Mauro Cappelletti en su ya citada obra:

«El trámite que deseo enfatizar está ilustrado tanto por la Constitución de Bonn –art. 34– y la ley de junio 26 de 1981 de la República Federal Alemana, como por la ley francesa de julio 5 de 1972; en ambos casos, estas disposiciones han establecido un sistema de obligación exclusiva del juez, *vis-à-vis* la víctima de la inequidad de un juez, en el ejercicio de su función pública. Esta función del Estado es exclusiva, en el sentido de que la víctima –una parte en litigio o hasta una tercera persona– no tiene acción contra el juez, pero sí puede demandar al Estado por daños. Esta solución intenta claramente servir de “escudo” a la independencia judicial, se quiere proteger al juez de litigios fatigantes insatisfechos, pero que al mismo tiempo dan a las víctimas de la inequidad judicial la mayor seguridad de reparación por los daños causados (que, como vimos, incluye los “daños morales”).

«Mientras nos referimos a los informes respectivos, para información posterior debo añadir que en ambos países el Estado ha dejado para sí una *action récursoire* o *Ruckgriff*, que es el derecho a demandar al juez culpable, para recobrar los daños pagados a la víctima. Por lo menos en Alemania, tal responsabilidad recobrada del juez es más limitada que la responsabilidad vicaria del Estado, por esto, es otorgada solamente en el caso de inequidad intencional del juez o inequidad causada por su negligencia grave. También, y con el propósito de desenredar el aspecto del “escudo” de esta regulación, en Francia, después de la Ley orgánica 79-43 de enero 18 de 1973, la *action récursoire* debe ser presentada por el Estado ante una cámara civil de la Suprema Cour de Cassation, antes que presentarla a una corte ordinaria de primera instancia.

«La responsabilidad vicaria del Estado debe ser concurrente con la responsabilidad personal del juez *vis-à-vis* con la víctima de la inequidad judicial antes que ser excluyente de ella.

«Aquí, la ilustración típica la ofrece la Constitución italiana en el artículo 28, discutida anteriormente. El efecto del “escudo” está, naturalmente, perdido en

esta solución, por otro lado, si se mira desde el punto de vista de las ventajas para la víctima, habría que preguntar si psicológicamente, al final, algunos individuos no preferirían tener un litigio contra otro individuo, en vez de tenerlo contra la “fuerza” del Estado».

La configuración de la responsabilidad patrimonial del Estado por las actuaciones u omisiones de sus agentes judiciales, establecida en el artículo 90 constitucional y desarrollado en el capítulo VI de la Ley 270 se enmarca dentro de lo expuesto a propósito de las teorías sobre la responsabilidad, según las cuales ésta se presenta por:

1º El comportamiento irregular del agente judicial que produce un daño antijurídico, evento en el cual se aplica la hipótesis de la falla del servicio, que genera la responsabilidad estatal en presencia de los tres elementos constitutivos cuales son: la conducta u omisión irregular del funcionario judicial, el daño antijurídico y la relación de causalidad entre éste y aquél.

2º El comportamiento regular del agente judicial que produce un daño antijurídico, es decir un perjuicio que el administrado no estaba obligado a soportar, caso en el cual, como quedó atrás mencionado, la responsabilidad surge, no por la ilicitud de la conducta, sino por la calificación negativa del daño.

Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento anormal de la administración de justicia resulta importante señalar los fundamentos de la regulación constitucional que, sobre esta figura, contiene la legislación española, presentada claramente por Vicente C. Guzmán Fluja en su texto: *El derecho de indemnización por el funcionamiento de la administración de justicia*:

«En lógica consecuencia con los caracteres generales de la responsabilidad pública, el artículo 121 de la Constitución española (C. E.) ha establecido una responsabilidad directa y objetiva [...] El Estado monopoliza la administración de justicia y debe ser el único responsable de los riesgos que comporta esta asunción exclusiva. De esta forma se puede afirmar, con Ramos Méndez, que si la responsabilidad personal judicial es contrapartida de la independencia, la responsabilidad estatal es contrapartida de la exclusividad jurisdiccional.

«Se establece igualmente una responsabilidad objetiva, esto es, al margen de toda idea de dolo, culpa o negligencia. El dato determinante del derecho a la indemnización es la causación de un daño injusto o antijurídico como consecuencia de una actuación de la administración de justicia; la existencia de dolo, culpa o negligencia en la actividad causante del daño será un dato a tener en cuenta exclusivamente a los efectos de determinar la cuantía de la indemnización y para determinar el posible ejercicio de la acción de reembolso del Estado contra el funcionario o agente culpable [...] El carácter objetivo de la responsabilidad se fundamenta, como hemos dicho, en la causación de un daño que se reputa antijurídico con independencia de que éste se deba a un funcionamiento normal, anormal, a una conducta diligente o negligente, a la existencia o no de culpa o de dolo. Por tanto, aun ciñendo la responsabilidad del Estado a los supuestos de error judicial y funcionamiento anormal de la justicia, como hacía el Informe de la Ponencia, se estaba instaurando una responsabilidad objetiva, porque no se exigía en ningún momento la necesidad de dolo, culpa o negligencia en la causación del daño para que surgiera el derecho a la indemnización a cargo del Estado.

«De entrada, hay que entender que tanto el término “perjudicado” como “interesado” son suficientemente amplios para permitir afirmar que la legitimación

activa para solicitar la indemnización corresponde no sólo a quien tiene la cualidad de parte en el proceso del que deriva el daño injusto que ha sufrido, sino también a cualesquiera otras personas que, sin tener esa condición, puedan verse afectadas en sus bienes o derechos por las actuaciones que se sucedan en el proceso de que se trate. No obstante se puede detectar un matiz entre las dos expresiones antedichas: “perjudicado” es quien recibe el perjuicio en su esfera jurídica, es decir, que el daño por el que se reclama afecta directamente al sujeto reclamante; en cambio “interesado” puede servir para designar a quienes sin ser directamente perjudicados por el funcionamiento de la justicia pueden, no obstante, reclamar la indemnización, como puede ser el caso de transmisión del derecho resarcitorio.

«El artículo 121 C. E. al establecer el derecho a ser indemnizado por los daños que cause el funcionamiento de la administración de justicia deja bien claro que la obligación de indemnizar será “a cargo del Estado”, expresión que se repite en el artículo 292.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). En esta misma ley, dentro de las normas específicas del proceso especial de declaración de error judicial se señala que en dicho proceso “será parte la administración del Estado” (art. 293.1.c.). Por último, el artículo 293.2 LOPJ establece que la petición indemnizatoria “se dirigirá directamente al Ministerio de Justicia” y que la reclamación se tramitará “con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad del Estado”».

Resulta igualmente importante tomar en cuenta lo afirmado por el autor argentino Carlos Alberto Parellada en su obra *Daños en la actividad judicial e informática desde la responsabilidad profesional*, quien al respecto dijo:

«La responsabilidad que emerge del comportamiento o conducta del juez deriva normalmente de los llamados “hechos del hombre” y, casi siempre, el daño se produce con prescindencia de la intervención activa de cosas.

«De ahí que la responsabilidad sea predominantemente subjetiva, regida por la norma del artículo 1109 del Código Civil.

«¿Cuál es la culpa que compromete la responsabilidad? Si el hecho culposo obliga a indemnizar por las consecuencias dañosas a los terceros, cabe preguntarse si cualquier culpa, por leve que sea, acarrea el efecto o si únicamente la culpa grave obliga a soportarlas.

«Si convenimos en que la responsabilidad de los jueces es una responsabilidad profesional, gran parte de la doctrina argentina coincide en que en ese ámbito la única culpa que responsabiliza es la grave.

«¿Cuáles jueces y por qué actos deben responder? Se plantea esta cuestión: ¿todos los jueces deben responder por todos los actos lesivos que realizan o sólo deben hacerlo por los actos que otorgan de oficio? ¿Solamente deben responder los jueces penales o también los civiles? Variadas razones llevan a una u otra respuesta; en general, se puede observar una mayor complacencia de la doctrina por la responsabilidad de los jueces penales, teniendo en cuenta la importancia de los bienes sobre los que influyen sus decisiones, en especial la libertad individual, la honra, etcétera.

«Sin negar la mayor trascendencia de los bienes que pueden ser vulnerados en el ámbito criminal, creemos que la diferenciación no se justifica. Resulta paradójico que se discrimine por jurisdicciones sobre la base de los bienes vulnerables, y a la par, se excluya la indemnizabilidad del daño moral, que es aquél que tiende a la reparación de los bienes más valiosos de la vida.

«Resulta igualmente falsa la distinción fundada en la voluntariedad de la recurrencia a la jurisdicción civil frente a la compulsiva asistencia a la penal, pues dada la prohibición de hacerse justicia por mano propia y el monopolio de la jurisdicción en manos estatales, la opción del justiciable civil es entre el uso del servicio y la abdicación de los derechos. Además, sólo el accionante civil recurre a la justicia “voluntariamente”, el demandado está tan compelido como el imputado en el proceso penal.

«En nuestro criterio no cabe distinción acerca del tipo de providencia dañosa; puede serlo un mero decreto, un auto o un pronunciamiento definitivo, cualquiera de ellos puede acarrear la responsabilidad, no obstante los diversos recaudos que deban observarse para hacerla efectiva (ver 51). Esa cuestión se ha planteado en España en razón de interpretación literal normativa, pero resulta totalmente ajena a nuestro derecho».

3. Regulación legal

La responsabilidad patrimonial del Estado por las acciones u omisiones de sus agentes puede tener como causa: 1º el error jurisdiccional, 2º la privación injusta de la libertad y 3º el funcionamiento anormal de la administración de justicia.

1º Error jurisdiccional

Se configura cuando el daño antijurídico se produce por una providencia judicial contraria a la ley, proferida por el agente judicial investido de facultades jurisdiccionales.

Ejercen funciones jurisdiccionales en sentido estricto los jueces y magistrados de la República, no obstante lo cual resulta preciso señalar lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley estatutaria de la administración de justicia, según el cual:

«Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política:

«1. El Congreso de la República, con motivo de las acusaciones y faltas disciplinarias que se formulen contra el Presidente de la República o quien haga sus veces; contra los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional y del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación aunque hubiesen cesado en el ejercicio de sus cargos.

«2. Las autoridades administrativas, de acuerdo con las normas sobre competencia y procedimiento previstas en las leyes. Tales autoridades no podrán, en ningún caso, realizar funciones de instrucción o juzgamiento de carácter penal, y

«3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en asuntos susceptibles de transacción, de conformidad con los procedimientos señalados en la ley. Tratándose de arbitraje, las leyes especiales de cada materia establecerán las reglas del proceso, sin perjuicio de que los particulares puedan acordarlas. Los árbitros, según lo determine la ley, podrán proferir sus fallos en derecho o equidad».

Esta disposición interpretada en forma sistemática con el artículo 74 de la misma Ley 270, permite concluir que, en sentido amplio, ejercen función jurisdiccional no sólo los jueces y magistrados pertenecientes a la rama judicial, sino también los miembros de las ramas ejecutiva y legislativa que en precisos casos ejercen las funciones jurisdiccionales establecidas en la Constitución y la ley; así como también los particulares árbitros o conciliadores que las ejercen transitoria y excepcionalmente.

De esta manera tendríamos que afirmar que, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 270 de 1996, la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial, se desprende de las actuaciones en que incurran los funcionarios o particulares que ejercen funciones jurisdiccionales, sean o no jueces o magistrados de la República, determinación ésta que no compartimos en lo que se refiere a los particulares que se desempeñen como árbitros o jueces, porque esa facultad les fue conferida por los particulares y no por el Estado, lo cual hace inexplicable que sea precisamente este último el llamado a responder patrimonialmente por los errores cometidos por quienes en estricto y real sentido no son agentes suyos.

Los artículos 13 y 74 de la Ley estatutaria de administración de justicia, de los que se infiere la responsabilidad patrimonial del Estado por las acciones u omisiones de los árbitros o conciliadores nos parece desafortunada, desnaturaliza las teorías existentes sobre la imputabilidad, traslada al Estado un deber que debe ser asumido por las partes que voluntariamente decidieron someter el conocimiento de su litigio a determinados particulares que, a su juicio, son los idóneos para decir el derecho en ese caso concreto. Es a las partes y no al Estado, ajeno por completo a la decisión de los árbitros, a quienes corresponde asumir las consecuencias positivas o negativas de su decisión de acudir, no a los jueces de la República, sino a los árbitros en quienes confían una decisión pronta y ajustada a derecho.

Sobre este punto cabe reseñar lo establecido al efecto por la legislación española que, en forma consecuente y acertada, limita la responsabilidad del Estado por el funcionamiento anormal de la justicia al ejercicio de la función jurisdiccional de los miembros de la rama judicial. En efecto, al referirse a los fundamentos de la responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la administración de justicia, sostiene el tratadista español Vicente C. Guzmán Fluja, en su obra ya citada:

«La responsabilidad es directa, esto es, por actos propios como resultado natural del monopolio estatal sobre la administración de justicia. El Estado se ha arrogado en régimen de exclusividad la tarea de administrar justicia, para lo cual dispone los medios personales y materiales necesarios, y por lo tanto es responsable directo de los daños antijurídicos que puedan causarse a los justiciables en el desenvolvimiento de dicha tarea».

Al referirse a la regulación constitucional de la responsabilidad estatal por este concepto agrega el mismo autor: «El ámbito subjetivo del artículo 121 C. E. está integrado, sin duda alguna, por los miembros pertenecientes al poder judicial. Nos estamos refiriendo al personal jurisdicente por antonomasia, integrantes de la jurisdicción ordinaria: jueces y magistrados que ejercen la potestad jurisdiccional juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado en todo tipo de procesos...».

Ahora bien, precisados ya los sujetos que potencialmente puedan incurrir en error judicial, explicaremos los alcances del concepto de error judicial, su configuración y sus consecuencias.

Al juez compete, en el ejercicio de sus funciones, aplicar las normas jurídicas a los casos concretos sometidos a su conocimiento, poner en funcionamiento los supuestos de hecho contenidos en las normas jurídicas a los actos y hechos que conoce, y, con fundamento en ello, debe declarar el derecho subjetivo que determina facultades o poderes para los sujetos de derecho así como también deberes y obligaciones.

Al juez se le exige un conocimiento básico para el cumplimiento de sus funciones, una aplicación idónea de la normatividad jurídica a los casos de su conocimiento, todo ello dentro del cumplimiento del principio constitucional de la independencia y autonomía de los jueces, según el cual únicamente están sometidos en sus providencias al imperio de la ley (arts. 228 y 230 C. P.).

Cuando el juez comete errores manifiestamente contrarios a la ley en las providencias judiciales que profiere, errores inexcusables en atención a su condición y competencia, estamos en presencia del error jurisdiccional que configura, junto con el daño antijurídico causado al administrado y la relación de causalidad, la responsabilidad patrimonial del Estado por una falla en el servicio de administrar justicia, por la acción de la autoridad pública de la rama jurisdiccional en ejercicio de sus funciones.

El error jurisdiccional es entendido entonces como el error de apreciación o de valoración en las decisiones judiciales, aspecto de suyo altamente controvertido y bien difícil de ubicar, porque resulta particularmente difícil establecer cuándo en una providencia el juez o magistrado, único sujeto capaz de cometer tal error, se equivocó en la aplicación e interpretación de normas jurídicas y en la apreciación o valoración de pruebas para arribar al fallo.

No puede pensarse que la sola revocación de la providencia por parte del superior sea suficiente para deducir la existencia de un error jurídico en la primera de las decisiones. Si el juez aplica la ley que viene al caso, pero la interpreta de manera diferente a como lo hace el superior, no puede pensarse en la existencia de un error jurídico sólo porque se aparte de la interpretación que el superior o la jurisprudencia ha dado a la ley, máxime cuando se expone una seria argumentación de su decisión.

Es por ello que consideramos necesario calificar el error jurisdiccional como “inexcusable”, toda vez que no se admite que una simple equivocación humana del juez, una diferente interpretación de la ley (general y abstracta por definición) produzcan la responsabilidad patrimonial del Estado por ese comportamiento, que no alcanza a ser irregular.

Sobre este punto resulta pertinente resaltar lo afirmado al respecto por Vicente C. Guzmán Fluja:

«El error judicial no se produce como consecuencia de la simple revocación o anulación de una resolución judicial (y así lo advierte el art. 292.3 LOPJ); si se considerase así, todo recurso interpuesto con éxito daría lugar a un error judicial cuando, precisamente, el sistema de recursos tiene por objeto evitarlo en lo posible. Esto nos lleva a aseverar que no todo error contenido en una resolución judicial constituye error judicial.

«Lo expuesto pone de manifiesto el carácter absolutamente excepcional del error judicial porque como tal no puede reputarse cualquier equivocación sino una especialmente trascendente, de forma que la falta de adecuación entre lo que resolvió y lo que debió resolverse sea tan ostensible que cualquier persona versada en derecho pueda advertirlo.

«El error judicial se da sólo cuando la decisión del juzgador aparezca injustificable desde el punto de vista del derecho».

La doctrina argentina, de conformidad con lo argumentado por Carlos Alberto Parellada en la obra citada, es muy clara al sostener:

«Si el hecho culposo obliga a indemnizar por las consecuencias dañosas a los terceros, cabe preguntarse si cualquier culpa, por grave, obliga a soportarlas.

«En nuestro criterio –coincidente, en este aspecto con el del maestro Jorge Mosset Itarraspe–, la cuestión de la culpa profesional no se relaciona tanto con la gradación de las culpas, como con la excusabilidad del error. Por tanto, el error leve pero inexcusable determina la responsabilidad del juez: lo mismo sucede cuando el retardo de justicia se ha producido sin que interese la mayor o menor gravedad de la culpa en que se ha incurrido. Interesa, en cambio, que exista alguna, pues no ha de responsabilizarse al juez por los defectos en la organización del servicio, por los que sólo responde el Estado.

«La Corte de Casación francesa ha definido la culpa profesional del juez como “aquella cometida bajo la influencia de un error tan grosero que un magistrado normalmente celoso de sus deberes no la hubiera cometido”.

«La solución debe ser grosera, o sea, salir del marco –siempre existente en el ámbito científico– de lo opinable; por ello, la adhesión a una u otra doctrina no compromete la responsabilidad del juez. En cambio, lo hace la ignorancia de elementales prescripciones normativas o de los principios generales que informan al derecho, también, la arbitraria valoración de la prueba.

«La simple circunstancia de que un pronunciamiento judicial sea revocado no importa, por sí, la existencia de culpabilidad. En primer término, pues la revocatoria no importa la existencia de un error inexcusable, sino que puede deberse al hecho de que el juez esté enrolado en una teoría diversa de la que participa el superior.

«Carga de la prueba de la culpa. Para el esclarecimiento de este tema puede tener trascendencia la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad del juez, ya que si fuera contractual se plantearía, como previo, el problema del discernimiento de qué tipo de obligación es la que asume –si de las llamadas de medios o de resultado– y la consecuente distribución de la carga probatoria.

«La responsabilidad del juez es, en nuestra opinión, extracontractual y de imputación subjetiva. Por lo tanto, en principio, al no existir norma que presuma la culpa ni la responsabilidad, la carga de la prueba de la culpa pesa sobre quien invoque ser damnificado.

«Si la imputación fuera dolosa, el peso de la carga de la prueba del dolo sería absoluto, la víctima estaría gravada con la carga de probar la intención de dañar del magistrado. En cambio, la imputación culposa de un hecho dañoso puede verse facilitada por la prueba del error inexcusable, el cual *in re ipsa* puede poner de manifiesto una culpa. La prueba de la excusabilidad del error equivale a la de la falta de culpa, y pesa sobre quien invoca la eximente».

Cabe también anotar lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia respecto del “error inexcusable” referido en el artículo 40 del C. P. C. (cuya inconstitucionalidad sobreviniente expondremos en aparte posterior), que mediante sentencia de octubre 26 de 1972 (M. P.: Germán Giraldo Zuluaga), dijo: «Muy sabia resulta la disposición al exigir que el error sea de abolengo de los inexcusables, pues siendo propio de la naturaleza humana el errar, la ocurrencia de simples equivocaciones al administrar justicia no puede descartarse [...] Pero es claro que la simple equivocación no es fuente de responsabilidad, desde luego que exigiese que el desatino sea de aquéllos que no pueden excusarse, que quien lo padece no pueda ofrecer motivo o pretexto válido que sirva para disculparlo».

La Corte Constitucional, Sala de Revisión, también se pronunció al respecto en sentencia T-079/93 (M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz) así: «Por la situación

descrita no puede corresponder a una simple equivocación o desacierto derivado de la libre interpretación jurídica de la que es titular todo administrador de justicia. Por el contrario, la comisión del error jurisdiccional debe enmarcarse dentro de una actuación subjetiva, caprichosa, arbitraria y flagrantemente violatoria del debido proceso, que demuestre sin ningún asomo de duda que se ha desconocido el principio de que al juez le corresponde pronunciarse judicialmente de acuerdo con la naturaleza misma del proceso y las pruebas aportadas, según los criterios que establezca la ley y no de conformidad con su propio arbitrio».

Para ejemplificar un error jurídico inexcusable, podría tomarse el caso del juez laboral que, al decidir sobre la licencia por maternidad que debió disfrutar una trabajadora en agosto de 1991, condena al patrono, en aplicación del artículo 236 del C. S. T. a pagarle el salario correspondiente a ocho semanas de licencia, cuando para la época ya se encontraba vigente la Ley 50/90 que expresamente modificó el artículo 236 del C. S. T. para extender a 12 semanas tal licencia. Sería un error jurídico inexcusable la aplicación al caso concreto de normatividad derogada, o de normas expedidas pero cuya vigencia no se ha iniciado.

Sobre el mismo punto Mauro Cappelletti en su obra citada subraya:

«El problema central de la responsabilidad judicial es el de las restricciones que son dictadas para el conflicto de valores, de las cuales hemos hablado en alguna parte. ¿Deben los jueces ser responsables hasta por simples errores de hecho y/o de derecho? ¿O solamente por negligencia grave y/o violaciones premeditadas de los deberes oficiales? ¿Debe su responsabilidad decidirse en las cortes normales, a través de procedimientos? ¿O sólo por curadores especiales y/o a través de procedimientos especiales?»

«Estas y otras preguntas relativas encuentran disparidad en las respuestas en algunos sistemas legales. Quizás una ilustración ejemplar de una solución típica tradicional (pero no del modelo tradicional) es presentada por la corriente situación en Italia, donde el método todavía, por fuerza, es similar a uno que prevaleció entre 1972/1979 en Francia y que todavía prevalece, pero con diferencias que no tocan la esencia, en numerosas otras naciones en el área del Derecho Civil. Este método tiene las siguientes características:

«La existencia de rigurosas limitaciones sustantivas. Los jueces italianos son responsables por daños sólo en casos de dolo, fraude o extorsión, son también responsables civilmente por denegación injustificada, omisión o por dilatar decidir un acto sobre la moción de las partes (*déni de justice*) (186) pero esta responsabilidad se da sólo para procedimiento más serios, si bien con las limitaciones arriba mencionadas. Debe notarse que toda la hipótesis vista anteriormente por la ley son casos de violación premeditada por el juez en sus encargos. En efecto, existen casos de comportamiento intencional de tipo penal, por parte del juez, y la intención, naturalmente, es la más difícil de probar, una *probocatio* diabólica por excelencia. La negligencia, por otro lado, aun en su contenido más amplio, no está incluida a pesar de las quejas repetidas por los eruditos italianos y por los legisladores. Estos han recomendado que la ley debe cambiar para incluir la negligencia grave como es el caso del modelo prefrancés 1972/1979 y como es el caso de muchos países, incluyendo aquéllos de sistemas legales diversos, como España, Grecia, Egipto, Argentina, Brasil y otro más. Presumiblemente, en algunos países tal extensión de culpa lata incluiría, *inter alia*, los errores más grandes de la ley como por ejemplo la aplicación de una medida que

ya ha sido revocada o declarada inconstitucional y, generalmente, algunas interpretaciones insostenibles de la ley. Debe reconocerse, no obstante, que tal extensión de negligencia grave tan encomiable, como es en mi opinión, *per se* sería insuficiente para hacer que la responsabilidad judicial civil no sea una burla como lo ha experimentado Francia y ha sido probado en otras partes».

El error jurisdiccional en estudio debe ser la causa directa del daño sufrido por el reclamante; para que pueda deducirse la responsabilidad civil del Estado, el error contenido en la providencia judicial debe haberla determinado, pues de lo contrario se rompería el necesario nexo de causalidad exigible en estas situaciones.

Es por ello que se exige legalmente, para que surja la responsabilidad patrimonial, que el afectado no haya generado la situación que le es perjudicial, que haya agotado todos los recursos legales posibles para lograr el cese de la perturbación, puesto que de lo contrario, estaríamos frente a un perjuicio ocasionado no por el error jurisdiccional contenido en una decisión judicial, sino por la negligencia o falta de cuidado del afectado, que pudiendo solicitar las correspondientes modificaciones de la providencia cuestionada guarda silencio o lo hace inoportunamente.

Tal es el sentido de lo preceptuado en el artículo 67 de la Ley 270 que establece como presupuesto del error jurisdiccional que el afectado haya interpuesto los recursos de ley en los eventos previstos en el artículo, excepto en los casos de privación de la libertad del imputado, cuando ésta se produzca en virtud de una providencia judicial y que la providencia contentiva de error esté en firme.

Hay lugar a la indemnización por error judicial cuando las decisiones hayan sido proferidas en última instancia, al desatar la apelación cuando sólo es susceptible de tal recurso, o al desatar el recurso extraordinario cuando éste procede. Habrá de tenerse en cuenta, inclusive, si se hizo uso del recurso extraordinario de revisión, cuando a él hubiere lugar.

En cambio, si la decisión que contiene el error inexcusable fue proferida en primera instancia y revocada por el superior al desatar el recurso oportunamente interpuesto por el afectado, no habrá lugar a indemnización de perjuicios, porque el daño no se consolidó gracias a la oportuna intervención del interesado y a la revocatoria del superior.

El error jurídico también puede tener como causa la actuación dolosa o culposa del juez o magistrado, situación no determinante de la responsabilidad del Estado, pero sí de la acción de repetición que éste puede adelantar contra el funcionario, para recuperar una proporción de lo pagado. En efecto, atrás se estableció cómo la responsabilidad del Estado puede existir sin que para ello se tome en cuenta el elemento subjetivo, basta con la presencia del daño antijurídico causado por una autoridad judicial, y que éste le sea imputable al Estado, para que proceda la declaratoria de responsabilidad patrimonial.

Sobre la presencia del dolo o culpa en el error judicial causante de un daño antijurídico al administrado, creemos importante presentar la posición doctrinal esgrimida por Vicente C. Guzmán Fluja en su obra varias veces citada:

«Absolutamente indispensable resulta destacar el carácter objetivo del concepto de error judicial, desligándolo de la idea de dolo o culpa. Por eso mismo, es preciso deshacer equívocos y confusiones en torno a esta cuestión, no muy clara para determinado sector doctrinal. En efecto se ha afirmado que sólo es error judicial el error objetivo, el fortuito o involuntario. No puede haber error judicial

cuando el juez o magistrado ha actuado con dolo, porque el dolo, que significa ánimo torcido pero no erróneo, excluye al error; tampoco cuando hay culpa, porque no se puede trasladar este concepto al campo del error judicial, sino al del funcionamiento anormal. En consecuencia toda conducta dolosa o culposa del juez o magistrado debe referirse al título de imputación de funcionamiento anormal de la justicia, aunque el daño injusto resulte de una resolución judicial y de la actividad de juicio. No puede estarse de acuerdo con la postura expuesta que confunde funcionamiento anormal y error judicial no fortuito. *El criterio del dolo o de la culpa no puede utilizarse como línea divisoria entre los dos títulos de imputación antedichos: si la culpabilidad es irrelevante para determinar la existencia o no de la responsabilidad del Estado, también es irrelevante para afirmar la existencia o no de error judicial o de funcionamiento anormal.* En este sentido todos los conceptos aludidos son objetivos [...] Resulta claro que no se puede confundir lo que es la causa del error judicial con lo que es éste como resultado» (el subrayado es nuestro).

Para ampliar lo anteriormente expuesto sobre el error judicial resulta de trascendental importancia referir lo anotado al respecto por Valeriano Hernández Martín, Fernando Azpeitia Gamazo, José Villalvilla Muñoz y Carmen González León en su obra *El error judicial*:

«Por nuestra parte, hemos de reiterar que el concepto de error judicial no es sino un concepto auxiliar del principio indemnizatorio aplicado a la administración judicial. *Por tanto es error judicial toda equivocación de un juez o magistrado, cometida en el ejercicio de funciones jurisdiccionales, de la que se derive un daño.* Ahora bien, esta definición no refleja la doctrina jurisprudencial, mucho más restrictiva, y por tanto podemos sintetizar esta otra definición del error judicial, *de lege data: Es error judicial la equivocación crasa y palmaria cometida por un juez, magistrado o sala de magistrados en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, siempre que dicha equivocación haya alcanzado firmeza, no sea debida a culpa del perjudicado y haya causado daños efectivos, evaluables e individualizados* (el subrayado es nuestro).

«Quiénes pueden cometer error judicial. Una forma de perfilar el concepto de error judicial en sentido estricto (error que no da lugar a recurso, y que sólo abre la posibilidad de obtener la indemnización de los daños) es investigar los sujetos que pueden cometer el error, es decir, en quién puede tener origen [...] Los sujetos activos típicos del error judicial son los jueces y magistrados, aunque formalmente el error se impute a los órganos, es decir a los juzgados y tribunales.

«Cabe preguntarse si el error judicial puede cometerlo un juez o magistrado cuando no ejerza propiamente una función jurisdiccional, pues este tipo de función no es el único que ejercen los juzgados y tribunales (art. 117.4 de la Constitución y 2.2 de la LOPJ). Al respecto, aunque la finalidad perseguida por la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) es salvaguardar la independencia del juez, exigiendo como requisito para indemnizar el daño causado por error judicial que el error se declare por el Tribunal Supremo, no debe exigirse ese requisito para estimar todas las pretensiones indemnizatorias que tengan su origen en un daño causado por jueces o magistrados, sino sólo cuando se trate de funciones judiciales atribuidas legalmente a miembros del poder judicial, que estén ocupando puestos pertenecientes a los juzgados y tribunales establecidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial o en la legislación complementaria.

«Quiénes no pueden cometer error judicial. Existen diversos órganos o instituciones que, pese a guardar proximidad funcional, orgánica o meramente no-

cional con los órganos judiciales, no pueden sin embargo cometer error judicial en sentido estricto. Ello no quiere decir que, a otros efectos, no puedan ser considerados como órganos jurisdiccionales. Nos referimos al Tribunal Constitucional, Consejo General del Poder Judicial, Tribunal de Cuentas, Tribunal de Defensa de la Competencia, Dirección General de los Registros y del Notariado, Registros Civiles y Tribunales Económico-Administrativos».

Respecto de este punto resulta igualmente importante reseñar lo afirmado por Carlos Alberto Parellada en su obra ya citada, quien al tratar este tema se refiere en principio a la distinción entre “cosa juzgada formal y cosa juzgada material”:

«... Es preciso distinguir los casos en que el daño proviene de una resolución pasada en autoridad de cosa juzgada, de aquellos otros en que el daño dimana de decisiones que no adquieren tal carácter.

«En orden a los procesos que obtienen tal efecto es necesario distinguir los que dan por resultado “cosa juzgada formal”, o sea, aquella que impide la revisión de la decisión dentro del mismo proceso en que ha sido dictada, pero no obsta a que se entable un nuevo proceso en el que se arribe a conclusiones diversas de las que coronaron el anterior, y aquellas otras cuyo pronunciamiento se reviste de la autoridad de la “cosa juzgada material”, que, en principio, impide la revisión por cualquier otro proceso. Sin embargo, aun esta última puede ser removida según la más moderna doctrina en sus supuestos de excepción.

«En los casos en los que el daño provenga de una resolución que sólo ha alcanzado la autoridad de la cosa juzgada formal, la víctima dispone de un camino procesal para la corrección del error que ha determinado el daño. En principio, sólo puede acudir a ese remedio, a fin de evitar que el daño se concrete. Si no lo hace, puede configurarse la culpa de la víctima como eximente de la responsabilidad del juez.

«La doctrina procesal señala que la cosa juzgada es la influencia que ejerce cierta providencia sobre las posibles declaraciones posteriores de cualquier otro órgano, su inatacabilidad una vez que ha quedado firme. Ahora bien, esa inmodificabilidad no es absoluta, sino relativa, pues puede ceder en tanto se opere un cambio en las circunstancias que dieron origen al fallo o cuando se detecten vicios que lo hacen intolerablemente injusto.

«La cuestión que nos preocupa es si es preciso remover esa cualidad de inmutable, por medio de alguna vía procesal, para poder hacer efectiva la responsabilidad del juez, o si, por el contrario, la víctima puede dirigir su acción en contra del juez a pesar de que el fallo esté firme, vigente y sea, en principio, inatacable. en la doctrina nacional, el doctor Mosset Iturraspe adhiere a este segundo criterio sobre la base de la falta de las entidades tradicionalmente exigidas para que prospere la excepción de cosa juzgada. Razona el maestro santafecino que no hay identidad de partes, pues en el proceso anterior intervinieron actor y demandado sobre cuyos derechos versó el pronunciamiento revestido ahora de la autoridad de la cosa juzgada, en cambio, en este nuevo proceso, quienes intervendrán serán el actor o demandado en el proceso anterior, aquél que haya resultado dañado, el juez del primero, que ha resultado dañador por medio del pronunciamiento que adquirió aquella autoridad, y, eventualmente, también el Estado, en su carácter de principal del juez.

«La cuestión es no desnaturalizar totalmente una institución, fundada en una razón práctica de importancia que compromete gravemente la seguridad

jurídica, existiendo vías adecuadas para su remoción, que evitarán el sacrificio de la justicia en aras de la seguridad. La lucha debe entablarse contra los criterios restrictivos que pretenden la inmodificabilidad absoluta de la cosa juzgada; ella no puede cubrir con un manto de olvido el dolo o el fraude, la incuria judicial, etcétera. Pero tampoco puede permitirse la concatenación de procesos revisores entablados por el resentido perdedor, que no admite su sinrazón. El criterio que se postula tiene la amplitud necesaria para evitar que la verdadera víctima deba soportar el daño sufrido, sin conmovir la lógica del ordenamiento jurídico, el cual quedaría integrado por dos normas particulares contradictorias: la que produjo el daño y la que ordena su reparación.

«El surgimiento de la obligación de resarcir del juez presupone que el daño se encuentra en relación con su conducta. Debe ser una relación causal adecuada, conforme lo sostiene pacíficamente la doctrina, o sea que la conducta del juez debe tener *in abstracto* la posibilidad, según el curso ordinario y regular de las cosas, de ocasionar el detrimento sufrido por la víctima.

«Ahora bien, el examen de la relación causal tiene ciertas particularidades en esta materia. En primer lugar, es necesario distinguir la actuación oficiosa —cualquiera fuere la jurisdicción en que tiene lugar— de la que se desarrolla a pedido de parte. La primera compromete en forma directa la responsabilidad del juez, en cambio, cuando ha sido instado tiene por causa principal la petición de la parte, sin perjuicio de que concurra con la culpa o el dolo del juez relevante causalmente, para que lo haga responsable.

«El carácter dispositivo de algunos procedimientos y el principio de congruencia particularizan también el juzgamiento de la relación causal. En efecto, el juez no puede hacer lo que desea, sino que se encuentra limitado por la jurisdicción que le abren las pretensiones de las partes y los hechos que han alegado.

«De modo tal que si la errada solución jurídica de la causa no se debió al yerro del juez, sino al equivocado planteo del cual el magistrado no ha podido escapar, el daño carece de relación causal con la conducta de aquél. Se habrá configurado la causal eximente de “culpa de la víctima” o “hecho del tercero”.

«Lo mismo sucede cuando el fallo errado ha estado motivado por pruebas falsas —documentación adulterada o testimonios mentirosos— en cuyo caso la causa del daño ha de estar en los “hechos de los terceros” que hayan adulterado o mentido, salvo —por supuesto— la posible concurrencia de la negligencia del magistrado, como ocurriría si se prescinde del examen de una manifiesta adulteración o de las causales de tachas suficientemente acreditadas.

«Por ello, alguna doctrina interpreta que el no uso de los remedios procesales importa la renuncia a reclamar la indemnización del daño.

«En cambio, otras veces, el consentimiento procesal puede no configurar un actuar culposo, por ejemplo, la errónea calificación en un proceso penal que determine la no excarcelabilidad del imputado es posible de ser corregida por medio de una apelación, pero puede suceder que el trámite de ésta implique una demora mayor que consentirla y esperar al momento de la finalización de la instrucción. No sería lógico sostener que el no haber apelado importa la renuncia al derecho indemnizatorio de la víctima, pues, justamente, ha tendido a no agravar el daño que sufría como consecuencia del error o la malicia del juez.

«La culpa exclusiva de la víctima, el hecho del tercero o el caso fortuito rompen el nexo causal entre la conducta del juez y el daño, por lo tanto convierten en

irrelevante la existencia de culpa de parte del funcionario, pues sólo responsabiliza la conducta que sea “causa adecuada” del daño».

Del texto *El error judicial* reseñado anteriormente, consideramos oportuno enunciar algunos comportamientos que, a juicio de los jueces españoles, se traducen en errores judiciales o excluyen su aplicación:

«*El error judicial según la jurisprudencia*

«El error judicial puede afectar a los hechos, al derecho o al silogismo, y deber ser error palmario o evidente.

«El error judicial debe apreciarse de forma objetiva, sin tener en cuenta la culpa o dolo de quien lo haya cometido.

«La culpa del perjudicado puede influir en la declaración del error judicial.

«El error judicial puede provenir de causas procesales o extraprocesales.

«El error judicial puede afectar al fondo o a la forma (*error in iudicando* o *in procedendo*).

«El error judicial puede cometerse en la fase declarativa o en la fase ejecutiva del proceso.

«El error judicial puede cometerse en resoluciones, en actuaciones e incluso mediante omisiones.

«El error judicial debe causar daño. Influencia del daño en la declaración del error.

«*Delimitación negativa del error judicial*

«No es error judicial la adopción de criterios distintos o menos correctos que los generalmente admitidos.

«No es error judicial la discrepancia subjetiva de criterio con el órgano judicial.

«No es error judicial el desacierto en la valoración de la prueba o en la interpretación de la norma, a no ser que implique la desatención a datos indiscutibles.

«No es error judicial el liviano, el disculpable o el subsanable».

2º Privación injusta de la libertad

El Estado es responsable patrimonialmente por la privación injusta de la libertad de los administrados, sin consideración alguna respecto de la regular o irregular conducta de los agentes judiciales con cuyas decisiones se haya producido tal decisión. Basta en estos eventos demostrar que la privación de la libertad que sufre una persona no tiene sustento legal, para que el Estado sea responsable.

Desarrolla esta disposición lo preceptuado por la Constitución Política en sus artículos 28 y 29, que consagran el derecho fundamental a la libertad y al debido proceso de todas las personas, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones privativas de la libertad legalmente establecidas, previo el adelantamiento del correspondiente proceso y con garantía del derecho de defensa de los afectados.

La privación de la libertad prevista como generadora de responsabilidad debe ser injusta, esto es, fruto de decisiones contrarias al derecho o abiertamente arbitrarias, que desconocen las disposiciones constitucionales y legales que garantizan ese derecho fundamental de las personas, que no cumplen con los supuestos legales dentro de los cuales se permite en derecho la retención preventiva o definitiva de las personas que con su conducta ponen en peligro la tranquilidad social o que deben sufrir las sanciones penales legalmente establecidas, por la comisión de delitos o contravenciones legalmente definidos.

No obstante, lo anterior, es preciso señalar que la configuración de la responsabilidad patrimonial del Estado por este concepto requiere que el afectado con la privación injusta de la libertad no haya generado tal situación en forma dolosa y directa. En efecto, si una persona suplanta a otra contra quien se ha decretado una medida de detención preventiva y luego pretende reclamar al Estado la indemnización correspondiente demostrando no ser el sujeto imputable, debe desestimarse su pretensión puesto que sería su proceder y no el de la administración de justicia la causa de la privación injusta de la libertad. Esta situación podría entenderse como culpa exclusiva de la víctima, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 exonera de responsabilidad al Estado.

3º El funcionamiento anormal de la administración de justicia

Los antecedentes jurisprudenciales que existen y que corresponden a sentencias proferidas por el Consejo de Estado a partir de 1993, es decir en vigencia de la nueva Carta Política, se refieren a la responsabilidad patrimonial derivada de la deficiencia o anormalidad en el funcionamiento del servicio público de justicia.

Dentro de este concepto debe considerarse la mora injustificada en la tramitación de los procesos, puesto que tales dilaciones conducen a decisiones que se producen cuando en muchos de los casos las partes ya no están interesadas en ellas, o la declaración del derecho sustancial ya no sirve de nada porque el cumplimiento de la decisión en muchos eventos no se logra, como cuando el deudor se insolventa para burlar así a su acreedor.

Es importante resaltar al respecto lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 29 de la Constitución Política, según el cual «... quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas...» (el subrayado es nuestro).

No se limita la responsabilidad derivada de esa fuente a ese específico caso, sino que allí quedan comprendidos todos aquellos eventos en los cuales se cause daño antijurídico a una de las partes, con la actuación anormal en el adelantamiento de los procesos en los cuales se decide sobre un derecho sustancial. Se estaría hablando en este caso del daño causado por un secuestre que permite que los bienes que le han sido encomendados perezcan en su poder; o del secretario del juzgado que permite la pérdida de un título judicial, cuya guarda le corresponde; o del juez que niega el beneficio de excarcelación al prisionero enfermo de gravedad o de avanzada edad.

La Ley 270 de 1996 precisa que podrán enmarcarse en este presupuesto de responsabilidad todas las conductas de los agentes judiciales, diferentes a las constitutivas del error judicial o de la privación injusta de la libertad, eventos en los cuales basta con la producción del daño antijurídico al administrado, con la actuación u omisión regular o irregular del funcionario judicial, para que se configure la responsabilidad estatal correspondiente, sin la exigencia de que se trate de una acción de un juez o magistrado, pues el daño pudo ser ocasionado por un empleado de la rama jurisdiccional que no ejerce funciones jurisdiccionales.

Para ilustrar más ampliamente este concepto cabe anotar lo afirmado en *El error judicial*, por Valeriano Hernández Martín, Fernando Azpeitia Gamazo, José Villalvilla Muñoz y Carmen González León, quienes, a propósito de la acción por funcionamiento anormal de la administración de justicia, dicen:

«Resulta complicado encontrar una definición del error judicial que sirva para diferenciarlo del funcionamiento anormal de la administración de justicia,

puesto que todo error judicial comporta en cierta medida un funcionamiento anormal del órgano jurisdiccional que lo comete. Es decir, parece que el funcionamiento anormal sea el género y el error judicial una especie.

«La distinción entre error judicial y funcionamiento anormal de la administración de justicia pierde mucha nitidez en la práctica, y hay casos en que dilucidar si nos encontramos ante el género o la especie se hace muy difícil, ya que los procesos y demás actuaciones judiciales se desenvuelven mediante un conjunto heterogéneo de decisiones y actuaciones, mucho más variadas que las formalmente previstas en la norma procesal [...] Pero la clave de la distinción para recurrir a uno u otro procedimiento no consiste tanto en la contraposición de “error” y “funcionamiento anormal”, cuanto en la contraposición entre los sujetos que constituyen el centro de imputación del daño: en el supuesto de error son los jueces y magistrados; en el funcionamiento anormal son los demás funcionarios de la administración judicial, o bien el sistema judicial en cuanto abstracto servicio u organización».

4. Oportunidad de la acción de reparación

La reclamación para lograr la responsabilidad patrimonial del Estado por la acción u omisión de sus agentes judiciales debe ser formulada a través de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C. C. A., la cual según voces del artículo 136 *ibidem* caduca al vencimiento del plazo de dos años, contados a partir del acaecimiento del hecho.

En este caso el perjuicio sólo se concreta cuando la providencia con la cual se causa el daño se encuentra en firme, es decir cuando ha quedado ejecutoriada al desatarse los recursos que en su contra se interpusieron. Es entonces la ejecutoria de la última decisión el momento a partir del cual empieza a contarse el término de caducidad.

Si la decisión que causó el daño antijurídico fue proferida en única instancia, se contará el término desde el vencimiento de la ejecutoria de esa decisión, dado que a pesar de ser de única instancia, dentro de ese término se puede solicitar la aclaración, complementación y adición de la decisión de conformidad con lo dispuesto por los artículos 309 y 310 del C. de P. Civil.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

CARÁCTER DE LA OBLIGACIÓN RESARCITORIA que surge por las acciones u omisiones de los jueces.

A. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 40 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

CREEMOS IMPORTANTE, con fundamento en lo atrás expuesto, concluir que en Colombia existe constitucional y legalmente un completo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado por las conductas u omisiones de sus agentes judiciales, que determina la indemnización patrimonial a cargo del ente estatal y en favor del perjudicado. Responsabilidad institucional que excluye por contera pensar en una responsabilidad personal de los funcionarios de la rama jurisdiccional, puesto que el artículo 90 de la Constitución Política es muy claro al señalar que la responsabilidad es *del Estado* y no de sus autoridades públicas.

Todo ello sin perjuicio de que, tal como lo dispone el inciso 2 del mismo artículo 90 y el artículo 72 de la Ley 270 de 1996, el Estado condenado patrimonialmente pueda repetir contra el funcionario con cuya conducta dolosa o gravemente culposa se produjo el daño.

Es entonces procedente afirmar que el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil que establece la responsabilidad personal de los jueces es abiertamente contrario a lo preceptuado por el artículo 90 de la Constitución Política, que determina la responsabilidad del Estado y no de los funcionarios, por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, situación ésta que genera la inconstitucionalidad sobreviniente de tal disposición, en virtud de lo preceptuado por el artículo 4º de la Carta Política que dice en su primer inciso: «La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales».

La inconstitucionalidad sobreviniente del artículo 40 del C. P. C. es evidente toda vez que, con la expedición de la Constitución de 1991, que consagró expresamente la responsabilidad institucional del Estado por los comportamientos de sus funcionarios todos –incluidos los de la rama judicial– generadores de daño antijurídico, la regulación legal de una responsabilidad personal de los jueces y magistrados en los términos del citado artículo 40 se hace inaplicable por contradecir abiertamente lo regulado por la norma constitucional, que es de mayor jerarquía.

Presente el conflicto entre la norma constitucional y la norma legal (recorremos que el artículo 40 del C. P. C. corresponde al Decreto Ley 2282 de 1989) corresponde al intérprete y juzgador hacer caso omiso de la disposición legal y aplicar al caso concreto la norma constitucional correspondiente.

Sobre este punto cabe citar lo manifestado por la Corte Constitucional en sentencia C-260 de julio 1º de 1993: «Si bien la ley acusada fue expedida en el año 1990, esto es cuando aún se encontraba vigente el antiguo estatuto constitucional, ese examen de constitucionalidad de la ley debe hacerse a la luz de la Carta vigente. Ello es así por dos motivos: a) porque de examinar la constitucionalidad frente a una Carta Política derogada, necesariamente se llegaría a un fallo inocuo, y b) porque la normatividad de la Constitución vigente como norma de normas actúa en relación con situaciones jurídicas anteriores privándolas de validez y, por consecuencia, de eficacia, cuando ellas son manifiestamente contrarias a su espíritu. Es decir, no las que son distintas, sino aquellas normas jurídicas que pugnan con la filosofía de la Constitución, de tal manera que, de subsistir, implicarían un caso de violación del principio lógico de no contradicción. La norma constitucional es retroactiva en el sentido de corregir las normas jurídicas originadas antes de su expedición, que en la actualidad contradicen manifiestamente los principios rectores del máximo estatuto jurídico. Esto es, cuando se trate de una inconstitucionalidad sobreviniente».

Afirmó igualmente la Corte Constitucional en sentencia C-143 de abril 20 de 1993: «Una norma que se oponga a lo preceptuado por la Constitución, bien que se establezca dentro de su vigencia, ya sea que la hubiese antecedido, no puede continuar rigiendo».

La incompatibilidad que se presenta entre la norma constitucional en comentario –art. 90– y la norma legal –art. 40– es real, manifiesta e insuperable; no se trata de una mera diferencia, sino del establecimiento de un régimen de responsabilidad estatal (art. 90) frente al de responsabilidad personal del funcionario

(art. 40), lo que determina indiscutiblemente la inaplicación directa de norma legal para los casos concretos.

B. ARTÍCULOS 77 Y 78 DEL CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

POR LAS RAZONES EXPUESTAS en el aparte anterior consideramos válida la aplicación del mismo argumento a los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo, que determinan la responsabilidad personal de los funcionarios públicos que actuaron con culpa grave o dolo en la producción del daño antijurídico. Las dos disposiciones contrarían también lo estatuido por el artículo 90 de la Constitución Política, que, reiteramos, establece para estos eventos la responsabilidad *del Estado* por los actos u omisiones de sus agentes que causen daño antijurídico; se trata pues de una responsabilidad institucional consagrada en la Constitución Política que prevalece sobre la responsabilidad personal contenida en las normas señaladas.

No obstante lo anterior es necesario precisar que la responsabilidad estatal por el funcionamiento anormal de la administración de justicia no excluye la posibilidad de exigir del funcionario o empleado judicial, por cuya conducta dolosa o gravemente culposa haya sido condenado el Estado a la reparación patrimonial por un daño antijurídico, el reembolso parcial o total de la suma pagada al indemnizado.

Para estos efectos el artículo 71 de la Ley 270 de 1996 establece que las siguientes conductas se presumen dolosas o gravemente culposas:

1º La violación de normas de derecho sustancial o procesal, determinada por error inexcusable.

2º El pronunciamiento de una decisión cualquiera, restrictiva de la libertad física de las personas, por fuera de los casos expresamente previstos en la ley o sin la debida motivación.

3º La negativa arbitraria o el incumplimiento injustificado de los términos previstos por la ley procesal para el ejercicio de la función de administrar justicia o la realización de actos propios de su oficio, salvo que hubiese podido evitarse el perjuicio con el empleo de recurso que la parte dejó de interponer.

Se trata entonces de una relación que vincula al Estado y a su funcionario o empleado judicial y no a éste con el perjudicado por la acción de la administración de justicia, motivo por el cual no podría entenderse esta posibilidad de repetición como una especie de responsabilidad personal del agente estatal porque, insistimos, se trata de una responsabilidad institucional del Estado frente a los administrados.

El artículo 72 de la Ley 270 dispone que la exigencia contra el funcionario o empleado judicial puede lograrse mediante el llamamiento en garantía realizado dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad estatal, o en ejercicio de la acción civil de repetición por el representante legal de la entidad obligada.

Entre los doctrinantes argentinos se dio igualmente esta discusión sobre el carácter de la obligación resarcitoria que surge por las acciones u omisiones de los jueces, respecto de lo cual en su obra el autor argentino Carlos Alberto Parellada reseña:

«Una parte de la doctrina entiende que la obligación de resarcir del juez y del Estado son solidarias [...] El principio es que la solidaridad sólo existe cuando ha sido establecida por la ley, la voluntad o la sentencia judicial, en el ámbito que

la ley se lo permite. Así lo dispone expresamente el artículo 701 del Código Civil.

«Es cierto que la víctima tiene la posibilidad de demandar al funcionario o al Estado por el daño sufrido, o sea que existe una coincidencia en la prestación que constituye el objeto de la obligación resarcitoria y dos deudores: el funcionario y el Estado. En este aspecto, estamos ante obligaciones que se perfilan similares a las solidarias pues reúnen su característica principal: el derecho que confiere al acreedor de reclamar el todo a cualquiera de los deudores».

Cabe finalmente anotar lo referido por Cappelletti en su citada obra *¿Quién vigila a los vigilantes?*, que sobre el punto indica:

«La especialidad de la regulación legal de responsabilidad civil de los jueces, comparada con la Ley de Agravios aplicada a individuos comunes y a servidores públicos, no judiciales, es una especificidad ya enfatizada al comienzo de esta sección, y es muy importante en países como Alemania, Francia y Polonia. En éstos y en algunos otros países, como vimos, la responsabilidad vicaria del Estado por actos conectados con la función judicial ha absorbido en su totalidad la responsabilidad personal del juez dejando un espacio sólo para la acción “recobrada” del Estado contra el juez. He indicado esta solución como la más avanzada y sofisticada, ya que combina los dos propósitos, garantizar un remedio seguro a la víctima, una forma de “socialización” o, aun, de “fiscalización” del riesgo, y “defender” al juez de procesos atosigantes.

«Hemos visto que en otros países, como Italia y España, se ha escogido otra solución: hacer concurrente la responsabilidad del Estado sin excluir la responsabilidad personal del juez. El peligro y límite de esta solución consiste en que la concurrencia de la responsabilidad del Estado es paralela a la responsabilidad personal del juez, luego ésta se fundamentaría en las mismas condiciones, como lo confirma el desafortunado caso italiano, la responsabilidad del Estado sufre las mismas restricciones severas, mientras hagan el papel de defensa de la independencia en el caso de la responsabilidad personal del juez».

Y para finalizar creemos pertinente referir la reflexión realizada por el tratadista italiano Mauro Cappelletti en su obra ya citada, respecto de la responsabilidad patrimonial por el actuar de los jueces:

«Pretender que los jueces no cometan “errores” en la interpretación de la ley y sancionar tales “errores” como un agravio contra las partes sería regresar tentativamente a los “viejos tiempos”, donde la gente pretendía creer en el mito de una puramente lógica mecánica interpretación de la ley, la cual no deja espacio alguno para la discreción judicial. Aquellos tiempos quedaron atrás. El papel del juez en la evolución y modernización de la ley está generalmente reconocido. Aún más, este papel implica una cierta “politización” y “socialización” del poder judicial; pero el tipo de responsabilidad que en una sociedad democrática debe imprimir a esa (*lato sensu*) naturaleza política del poder no pudo moldearse hasta después de que ese mito fue destruido por la misma politización. Una responsabilidad propia de esta área debe ser de una clase diferente. Debe estar basada esencialmente sobre instrumentos que pretendan hacer la judicatura más abierta, más responsable “social” y “políticamente”. Una vez más los hilos nos conducen hacia el diseño de un modelo más balanceado, uno sobre el cual las formas sociales y políticas de responsabilidad jueguen un papel mancomunadamente con las formas de responsabilidad legal y, en particular, con las civiles y disciplinarias».