

**LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL
ESTADO DERIVADA DEL ERROR JUDICIAL
EN MATERIA PENAL**

WILLIAM DARIO REYES RAMIREZ

**UNIVERSIDAD SURCOLOMBIA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
PROGRAMA DE DERECHO
2015**

**LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL
ESTADO DERIVADA DEL ERROR JUDICIAL
EN MATERIA PENAL**

WILLIAM DARIO REYES

**Monografía de grado presentada para
optar al título de Abogado**

Director

RICARDO MONCALEANO PERDOMO

Abogado

**UNIVERSIDAD SURCOLOMBIA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
PROGRAMA DE DERECHO
2015**

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

1.	PERSPECTIVA HISTÓRICA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO	9
2.	TEORÍAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO	15
2.1	TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN	15
2.2	TEORÍA ORGANISISTA	16
2.3	TEORÍA DE LA PROPORCIONALIDAD DE LAS CARGAS	18
2.4	TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD POR RIESGO	19
2.5	TEORÍA DE LA EQUIDAD	20
2.6	TEORÍA DE LA SOLIDARIDAD HUMANA	21
3.	DESARROLLO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN COLOMBIA	23
3.1	PREPONDERANCIA DEL DERECHO PRIVADO - JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	24
3.1.1	Responsabilidad indirecta del Estado	25
3.1.2	Responsabilidad directa del Estado	26
3.2	ETAPA DE TRANSICIÓN	27
3.3	ASCENSIÓN DEL DERECHO PÚBLICO - JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO	29
3.4	REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD EN VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1886	32
3.4.1	Falla del servicio – responsabilidad subjetiva	32
3.4.2	Responsabilidad objetiva	33
3.4.2.1	Daños por trabajos públicos	34
3.4.2.2	Responsabilidad por riesgo	35

3.4.2.3	Daño especial	36
	3.4.2.4 Pérdida o disminución de bienes o mercancías	37
4.	CONSTITUCIÓN DE 1991 Y EL DAÑO ANTIJURÍDICO	38
4.1	ANTECEDENTES ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE	38
4.2	ALCANCES DEL ARTÍCULO 90 SEGÚN JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO	41
4.3	JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO TRAS LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991	44
5.	ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	49
5.1	ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN	49
5.2	DAÑO ANTIJURÍDICO	50
5.3	NEXO DE CAUSALIDAD	53
5.4	IMPUTACIÓN JURÍDICA	54
6.	RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LAS FALLAS EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA	56
7.	CLASIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO TRAS LAS FALLAS EN EL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	61
7.1	ERROR JURISDICCIONAL	61
7.2	DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	63
8.	LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD	66
8.1	ANTECEDENTES	66
8.2	LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD EN VIGENCIA DEL DECRETO 2700 DE 1991	68
8.3	LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD Y LA LEY 270 DE 1996	77
9.	OTROS SUPUESTOS DE CALIFICACIÓN DE LA PRIVACIÓN INJUSTA QUE DAN LUGAR A LA RESPONSABILIDAD ESTATAL	82
10.	CONCLUSIONES	84
11.	BIBLIOGRAFÍA	90

“El fin de las penas no es atormentar y afligir a un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido. El fin no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus conciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales, luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas, que guardada la proporción hagan una impresión mas eficaz y mas durable sobre los ánimos de los hombres y menos dolorosa sobre el cuerpo del reo.”.

Cesare Beccaria

- Del Delito y de Las Penas –
- *Capitulo: La Finalidad de las Penas*

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad patrimonial del Estado es un tema que desde antaño ha suscitado grandes debates y consideraciones en torno a sus alcances y efectos. Es bien conocido que en un primer Estado de este proceso, los Estados absolutistas y monárquicos defendieron a ultranza una completa irresponsabilidad e inmunidad en estos asuntos. Posteriormente, bajo el Estado liberal tal situación se mantuvo, habida cuenta de su restringida y limitada intervención (*laissez faire, laissez passer*). Todo este panorama se transformó finalmente con el advenimiento de las políticas intervencionistas, ya que el Estado debía responder por los perjuicios que causara en el despliegue y desarrollo de tales actividades.

Así, este es un tema dinámico que evoluciona y cambia constantemente. Bajo la Constitución de 1886 (a pesar de que en el texto no existía una norma expresa que regulara la materia), los jueces derivaron la responsabilidad del Estado del artículo 16 del estatuto superior. Con fundamento en lo anterior, se edificaron los conceptos de falla probada del servicio, falla presunta del servicio y algunos regímenes objetivos. Estos conceptos pueden ser descritos en los siguientes términos:

A) *“El primero era el denominado ordinario o de la falla probada del servicio, en el cual al particular le incumbía 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”*

B) *El régimen intermedio que era el de la falla presunta, fundado también en la falla del servicio, en el cual el particular estaba eximido de acreditar dicha falla porque se presumía, pero la administración podía exonerarse si demostraba que no se había presentado falla del servicio. Como eximentes podían alegarse entonces, la existencia de fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima, el hecho exclusivo de un tercero o el buen funcionamiento del servicio*

C) *En el tercer sistema se incluían 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".

Todas estas construcciones jurisprudenciales se vieron afectadas con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, ya que en el artículo 90 de la carta de manera expresa se establecieron los criterios que debían regir la materia, a saber: *"El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. (...)"*

Con lo anterior se configura un fenómeno conocido como la constitucionalización de la responsabilidad del Estado, en la medida en que los pilares fundamentales de esta

figura jurídica fueron elevados a rango constitucional. De lo dicho da cuenta el miembro de la Asamblea Constituyente Dr. Juan Carlos Esguerra Portocarrero: *“En Colombia, la exaltación explícita de la responsabilidad del Estado a la condición de norma constitucional y su inclusión dentro del conjunto de los instrumentos de protección de los derechos tuvieron lugar en 1991. Y aunque la verdad es que en un comienzo sólo uno de los proyectos que se presentaron a consideración de la Asamblea Constituyente de aquel año estaba específicamente concebido en ese sentido, al final la Asamblea acogió la idea por una gran mayoría”*.

En este marco se desarrollará el presente trabajo con el cual pretendo abordar este llamativo y apasionante tema, centrándome en la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de las fallas en la prestación servicio público de justicia, concretamente en lo que respecta a la responsabilidad producto de la privación injusta de la libertad. Para ello me dedicaré describir, exponer y analizar el Estado del arte de este específico tema.

1. PERSPECTIVA HISTÓRICA DE LA RESPONSABILIDAD

PATRIMONIAL DEL ESTADO

Realizar una aproximación a la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado implica de suyo, abordar las distintas formas de Estado y de gobierno consolidado por los distintos grupos humanos a lo largo de la historia. A pesar de lo anterior, con el ánimo de no extenderme en un tema que bien podría dar pie a otro trabajo monográfico, me centraré en exponer los elementos distintivos de los Estados monárquicos, para analizar posteriormente el advenimiento del Estado moderno y sus repercusiones frente al tema que nos atañe.

Así, es bien conocido que en un primer Estado de este proceso, los Estados absolutistas y monárquicos defendieron a ultranza una completa irresponsabilidad e inmunidad patrimonial. Lo anterior sobre la base del derecho divino y la soberanía que tal estatus les confería. Al respecto el Doctor Héctor Darío Arévalo Reyes expuso lo siguiente:

*“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 si quiera 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 clásica fórmula de *the King can do not wrong* (el soberano no está sujeto a error), muestra claramente la posición jurídica que corresponde a esta etapa. La irresponsabilidad estatal se fundamenta en los*

regímenes monárquicos, señalándose que si su poder proviene de Dios siendo la ley su voluntad, el monarca sólo ante él debe rendir cuentas”¹

Como consecuencia de la descomunal concentración de poder en manos de un monarca, las libertades y los derechos de los gobernados fueron reducidos a su mínima expresión. En vista de la opresión y el ahogo que tal situación aparejaba, empezaron a surgir concepciones políticas que prohijaban el respeto del individuo y la reivindicación de sus derechos. Lo anterior desembocaría finalmente en la superación del modelo absolutista y el advenimiento del Estado liberal. Sobre este punto el profesor Jorge Fernández Santamaría ha afirmado que *“La mayor aspiración del hombre fue entonces, la reivindicación de sus derechos y el libre ejercicio de aquéllos que por ley natural le pertenecen. Con la Revolución Francesa alcanzó su intento, pues ella consagró el respeto por el individuo y sus libertades, sus derechos y su igualdad ante la ley. Fue, pues, un verdadero triunfo del individuo en contra del poder del Estado, que impidió el estancamiento social, y permitió a la humanidad alcanzar mayor desarrollo y perfeccionamiento en las ciencias, en las artes, en su organización y estabilidad. Lógico era que después de librarse esta lucha, el concepto del Estado fuese completamente distinto y opuesto al anterior, lo mismo que la idea de sociedad. Si se combatía al Estado como perjudicial al hombre por su excesivo poder, la nueva concepción restringiría su autoridad, con el fin de acrecentar el radio de libre acción de los ciudadanos. La teoría sobre el origen del poder también fue diversa a la anterior; no era una derivación del poder divino el que poseía la autoridad; el Estado*

¹Héctor Darío Arévalo Reyes. Responsabilidad del Estado y de sus funcionarios. 2002. P. 17 -18.

recibía todas sus atribuciones de los ciudadanos, quienes lo constituían juez en todos sus choques para obtener la armonía social.”²

Así las cosas, como fruto de la revolución Francesa se consolida el Estado liberal – burgués. Esta nueva forma de organización político – social como ya se dijo, se erigió para hacerle frente a la arbitrariedad y al despotismo que caracterizó al sistema monárquico. Dentro de las características principales de esta forma de gobierno vale la pena traer a colación las siguientes: “a) *Existencia de una Declaración de Derechos del Hombre, de las libertades fundamentales; b) Reconocimiento y adopción de la división de poderes; c) Una participación más o menos importante de los ciudadanos en la formación y funcionamiento del Estado, y d) Vigencia del principio de legalidad*”³.

Habida cuenta del temor al desbordamiento del poder del Estado y el celo por las libertades individuales, se edificó un Estado mínimo o gendarme bajo la égida del “*dejar hacer, dejar pasar*” (*laissez faire, laissez passer*). Lo anterior aparejaba que el Estado detentara unas competencias muy restringidas relacionadas con la justicia, la seguridad y la defensa de la soberanía nacional. Resulta claro que “*los liberales querían un Estado que les fuera útil, no uno que les oprimiera, estorbara o interviniera en el ámbito de sus actividades. En consecuencia con esto, en el Estado liberal las funciones de los órganos de gobierno son mínimas y perfectamente acotadas, limitándose a brindar seguridad y justicia y a la defensa de la integridad o soberanía territorial. El resultado de esto fue un Estado estructuralmente muy pequeño, mínimo, y por tanto poco oneroso para la sociedad, que por consecuencia encontró un amplísimo campo*

²Jorge Fernández Santamaría. Evolución del Estado. Revista Estudio de Derecho. 1944. P. 85.

³Alfonso Noriega Cantú. Los derechos sociales creación de la Revolución de de 1910 y de la Constitución de 1997. Universidad Nacional Autónoma de México. 1988. P. 25.

para el ejercicio de sus libertades en todas las actividades de las que el Estado se vio obligado a retirarse”⁴.

A pesar de la instauración del Estado liberal – burgués, en lo que respecta a la responsabilidad patrimonial del Estado no se suscitaron grandes transformaciones. Habida cuenta de la reducción de su campo de acción y de influencia en procura de la salvaguarda de la libertad individual, la irresponsabilidad que caracterizó al sistema monárquico se mantuvo intacta, esta vez bajo la égida del *laissez faire, laissez passer*.

Esta situación vino a ser superada con la creciente intervención del Estado en los diferentes ámbitos de la sociedad. Ante la crisis del Estado gendarme, empiezan a surgir nuevas tesis políticas y jurídicas que abogaban por un Estado garante y unificador de los intereses sociales. Lo anterior significa que *“el Estado no es, como anteriormente se creía, un simple guardador de los intereses individuales; la nueva concepción ha ampliado su campo y lo ha hecho representante de los intereses de la comunidad, ante el que puede ser exagerado el egoísmo del individuo. La fuerza de los hechos y los sentimientos modernos lo han hecho evolucionar hasta convertirlo en unificador de los fines individuales y sociales”⁵*

Dentro de estos ires y venires, un fallo proferido el 8 de febrero de 1873 por el Tribunal de Conflictos francés, marcará un antes y un después en lo que respecta a los fundamentos de la responsabilidad patrimonial del Estado. Esta providencia conocida como *fallo blanco*, estableció que los daños causados por el Estado en el despliegue de

⁴ Víctor Manuel Martínez Bullé. Derechos humanos y Estado liberal. En línea: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhumex/cont/1/art/art4.pdf>

⁵ Jorge Fernández Santamaría. Evolución del Estado. Revista Estudio de Derecho. 1944. P. 90.

sus facultades, debían regirse por una normatividad especial y no por el derecho privado como venía ocurriendo. Además, se estableció que la autoridad competente para conocer de tales controversias sería la Jurisdicción Administrativa. Así las cosas, *“el fallo Blanco consagra la responsabilidad del Estado, poniendo fin a una larga historia de irresponsabilidad, de la que no hay excepciones más que en cuestiones de responsabilidad contractual o intervención legislativa, tal como la ley de 28 de Pluvioso VIII que regula los daños a obras publicas. Sin embargo, se somete esta responsabilidad a un régimen específico, considerando que la responsabilidad del Estado por el servicio público no puede regirse por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones entre particulares. La necesidad de aplicar un régimen especial, se justifica por las necesidades que el servicio público mismo implica. El corolario de la existencia de reglas especiales reside en la competencia de la jurisdicción administrativa para conocer de dicha responsabilidad conforme a la ley 16 y 24 de agosto de 1790, que impone a los tribunales la prohibición de “perturbar de cualquier manera de las operaciones de los órganos administrativos”. Más allá de la responsabilidad misma, el fallo reconoce al servicio público, como la materia de competencia del Tribunal Administrativo por otra parte reconoce la especificidad de las reglas aplicables a los servicios públicos y establece un vínculo ente el fondo del derecho aplicable y la competencia de la jurisdicción administrativa.”*⁶.

Luego del *fallo Blanco*, la responsabilidad del Estado se convirtió en un asunto dinámico y en franca expansión. Como ejemplo de lo anterior resulta pertinente mencionar los siguientes avances:

⁶ Tribunal de Controversias - Febrero 8, 1873 - Blanco - 1 Suppl. - Rec. Lebon. P. 61.

“1- Se extendió a servicios para los cuales estaba excluida como es el caso del servicio de policía.

2- La culpa exigida para comprometer la responsabilidad del Estado, fue haciéndose cada vez menos rígida, hasta llegar a considerar la responsabilidad del Estado bajo los postulados que edifican la teoría de la responsabilidad objetiva.

3- Las reglas determinantes de la indemnización de los perjuicios han evolucionado en sentido favorable a los perjudicados.

4- Para garantizar la indemnización de los perjudicados se ha llegado a considerar la posibilidad de permitir la figura de acumulación de responsabilidad entre el funcionario y la administración.”⁷

Así las cosas, con el transcurso del tiempo la intervención del Estado en los diferentes ámbitos de la sociedad se ha hecho más fuerte y profunda. En la actualidad resulta impensado un sistema político en donde la institucionalidad sea reducida y mínima, al mejor estilo del Estado liberal burgués o gendarme. Como consecuencia de lo anterior, la responsabilidad de este ente se ha hecho más exigente, amplia y flexible, debiendo responder por todos los daños antijurídicos que le sean imputables.

⁷ RIVERO, Jean. Les libertés publiques, 2ts., Paris, PressesUniversitaires de France,CollectionThémis, 1977- 1981, ver obra traducida al español, p. 297.

2. TEORÍAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD

PATRIMONIAL DEL ESTADO

Como ya lo expuse anteriormente, la responsabilidad patrimonial del Estado es un tema que desde antaño ha suscitado grandes debates y consideraciones en torno a sus alcances y efectos. Esta situación ha favorecido la presencia de diversas y variadas teorías, que han permitido de alguna u otra manera sustentar las imputaciones de responsabilidad realizadas en contra del Estado. Dentro de esas construcciones resulta pertinente traer a colación las siguientes:

2.1 TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN

Esta teoría fue desarrollada principalmente por los tratadistas Meucci y Chironi. La misma sostiene que el Estado es responsable por las actividades que realizan sus agentes, en la medida en que sobre este recae la facultad de elegir (*culpa in eligendo*) y vigilar (*culpa in vigilando*) a sus agentes. *“Esta teoría se basa principalmente en la posición del representante que realiza actos de los cuales responde al representado, y es sostenida principalmente por autores civilistas, para quienes el representante es el funcionario o agente y el representado es la administración.”*⁸

⁸ La responsabilidad internacional del Estado de el Salvador por la declaratoria de inconstitucionalidad del convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo, al dejar sin efecto el derecho de la libre sindicalización de los empleados públicos y municipales. Henry Alexander Mejía. Ciudad universitaria, San Salvador, agosto de 2008. p. 204.

Esta teoría ha sido objeto de muchas críticas en la medida en que la misma plantea una estructura irreal y problemática al interior de la organización del Estado. Desde una perspectiva material, resulta claro que este ente no elige a sus representantes puesto que tal tarea recae en funcionarios que igualmente han sido designados por otros, resultando nugatoria la responsabilidad ante esta cadena de nombramientos.

Así, *“resultaría prácticamente imposible exigir a alguien la indemnización, y mucho menos al Estado. Más bien, la responsabilidad sería de los funcionarios que eligieron al que ocasionó el daño o perjuicio”*⁹.

2.2 TEORÍA ORGANISISTA

En respuesta a la muy criticada teoría de la representación edificada por un sector de marcada influencia civilista, Otto von Gierke reaccionará esgrimiendo con mucho éxito su tesis organicista. Esta nueva postura fue asimilada por la mayoría de los doctrinantes del derecho administrativo, habida cuenta de *“la inaplicabilidad de los principios del derecho privado, como la autonomía de la voluntad de las partes y la preservación del interés particular, así como los efectos del convenio de mandato, para regular las relaciones entre el Estado y sus empleados”*¹⁰.

Esta nueva teoría establece que el Estado se compone de un conjunto de órganos, mediante los cuales despliega sus actividades y manifiesta su voluntad. Lo anterior implica que los funcionarios *“más que representantes del Estado, se incrustan en la organización estatal como una parte integrante y constitutiva de ella, por lo que el*

⁹ *Ibíd.*

¹⁰ La expresión del poder público. En línea: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1195/4.pdf>

órgano, cuya existencia formal se da por la creación jurídica que el derecho impone al disponerlo en las normas y darles una competencia determinada, solo puede manifestarse a través de los individuos que expresan su existencia; por tanto, además del elemento objetivo representado por la competencia, requiere de un elemento subjetivo que manifieste la voluntad”¹¹.

En ese orden de ideas, la relación Estado – funcionario ya no se encuentra gobernada por la figura del mandato y la representación, en la medida en que este se integra en un todo con la personalidad jurídica de aquel. *“El funcionario, pues, no es un representante que quiere para la Administración; quiere por ella, en cuanto que forma parte de ella, es una y la misma persona, a la que presta su voluntad psicológica. Entre el órgano (el funcionario) y la persona jurídica (el Estado) se da una relación de práctica identidad, que hace que sea el funcionario quien quiera por y en lugar del Estado”¹².*

2.3 TEORÍA DE LA PROPORCIONALIDAD DE LAS CARGAS

Esta teoría fue elaborada por George Teissier, quien en su texto *“La Responsabilité de la puissance publique”* desarrolló la siguiente tesis: *“Los ciudadanos no deben sufrir unos más que otros las cargas impuestas en el interés de todos, de donde resulta que los daños excepcionales, los accidentes que el Poder Público causa a particulares, deben ser indemnizados por el presupuesto que está formado por las contribuciones de toda la colectividad. Además, las necesidades de la vida en común exigen que cada uno soporte*

¹¹ *Ibíd.*

¹² La teoría del órgano en el Derecho Administrativo. Juan Alfonso Santamaría Pastor.

En línea: <http://uaiderechoadministrativo.wikispaces.com/file/view/Teoria+del+organo+en+el+der+admin-santamaria.pdf>

sin indemnización los daños resultantes del ejercicio legal y regular del Poder Público, a menos que el legislador haya dispuesto lo contrario. Cuando el Estado ejecuta un acto que perjudica a un habitante haciéndole sufrir un daño injusto con respecto a los demás ciudadanos, está obligado a indemnizar ese daño para no romper el principio de equidad, de igualdad, que ampara por igual a todos los habitantes.”¹³

Así, habrá lugar a la indemnización cuando el Estado le cause un daño excepcional y especial a un particular, en la medida en que en este caso se estaría imponiendo un gravamen desproporcionado e injusto a la luz del principio de igualdad ante las cargas públicas.

A pesar de lo anterior, resulta pertinente mencionar que esta teoría es en cierta medida resulta restrictiva y limitada. La misma *“ha sido objetada por algunos tratadistas que señalan que conforme a ella, la indemnización sólo procede por actos ilegales, no obstante, que existen también actos legales que causan daño y que por lo tanto, también deben ser reparados por el Estado que fue el que los produjo.*”¹⁴

2.4 TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD POR RIESGO

Esta teoría fue desarrollada principalmente por el tratadista Auguit. La misma establece que el Estado debe responder por todos los daños causados en el despliegue de ciertas

¹³Teissier, George: “La Responsabilité de la puissance publique” París 1906, pág. 147

¹⁴ LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO HASTA ANTES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2002. Rosario Amor López Valencia. . RED DE INVESTIGADORES PARLAMENTARIOS EN LINEA (REDIPAL). P. 6.

actividades o en la prestación de determinados servicios que encarnen o generen un riesgo para la comunidad.

Se puede afirmar que esta tesis fue ampliamente desarrollada en materia laboral, específicamente en lo que tiene que ver con las indemnizaciones derivadas de accidentes de trabajo. Tal teoría puede ser sintetizada en los siguientes términos: *“El que crea una fuente de daño, así el que explota una fábrica, debe reparación si los riesgos se concretan. El exclusivo hecho del perjuicio compromete su responsabilidad; es la contrapartida de los beneficios que obtiene de la empresa”*¹⁵.

Estas tesis indemnizatorias en materia laboral encarnaron un verdadero sistema de responsabilidad objetiva. Lo anterior por cuanto *“el fundamento de la responsabilidad civil no es ya la culpa, sino el acto dañoso, cuya neutralización se logra mediante la reparación del daño.”*¹⁶.

2.5 TEORÍA DE LA EQUIDAD

Como su nombre claramente lo sugiere, esta teoría se fundamenta en criterios de equidad e igualdad. Así, habrá lugar a indemnización cuando el Estado haya obtenido un beneficio en desmedro del patrimonio de un particular. Mayer establece una serie de supuestos para que proceda el resarcimiento del daño, a saber:

¹⁵ MAZEAUD, Henry y León Y TUNC, André. Tratado teórico y práctico de la Responsabilidad Civil. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1.963. Tomo I. V. I. p. 87.

¹⁶ La responsabilidad por riesgo. Saul Uribe García. Revista Ratio Iuris N° 1 – UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA DE MEDELLÍN – UNAULA.

“1. Un daño causado por la administración pública, producido por una fuerza que emana de ella. La forma como se ejerza esta fuerza es indiferente; poco importa que sean los hombres de la administración o las cosas que les pertenezcan, que sea un acto de autoridad anulando un derecho o imponiendo una restricción, que sea el hecho la destrucción de valores pecuniarios, que sea la influencia molestia de la existencia o de la supresión de una obra. 2. Que ese daño rompa la equidad, castigando al individuo de una manera “injusta y desigual”. No hay nada contrario a la equidad en las cargas o imposiciones públicas que afectan a los administrados. 3. Un perjuicio material, correspondiente al pasaje de valores en el enriquecimiento sin causa, o según la expresión de uso: un sacrificio especial.”¹⁷

Desde hace muchos lustros en el derecho se encuentra proscrito el enriquecimiento sin justa causa. Es tal la fuerza vinculante de este principio, que ni el propio Estado ha podido escapar y ser ajeno a este sólido criterio de equidad. De allí que todo desequilibrio o ruptura generada por el Estado en el despliegue de sus facultades, deba ser debidamente corregido y enmendado.

2.6 TEORÍA DE LA SOLIDARIDAD HUMANA

Esta teoría fue edificada y sustentada por Pedro Guillermo Altamira. La misma determina que los cimientos de la responsabilidad patrimonial del Estado se encuentran en el principio de solidaridad humana. Lo anterior implica que *“sus fuentes no deben buscarse en la moral ni en la caridad, sino en un acto de justicia distributiva que la*

¹⁷ Henry Alexander Mejía, Op. Cit., Pag. 209.

sociedad está obligada a realizar para con aquellas personas que por hechos que no le son imputables, se encuentran de pronto y por un acontecimiento ajeno a su voluntad, en situación de inferioridad para cumplir con su fin individual y social, y siendo el Estado el órgano por el cual la sociedad realiza esa obra de solidaridad, ya que por su enorme magnitud escapa al poder del individuo, quien debe afrontar este problema y resarcir”¹⁸.

En ese orden, Altamira determina los supuestos de la responsabilidad del Estado en los siguientes términos: *“El Estado, ya sea que actúe como persona de derecho privado o bien como persona de derecho público, es responsable; siempre que el funcionario, empleado o agente de la administración, o el funcionamiento normal o anormal de un servicio público causa un daño actual, directo y extraordinario a la persona o bienes de un administrado, debe indemnizarse; pero con la condición de que aquellos hayan obrado dentro de sus funciones”¹⁹.*

3. DESARROLLO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN COLOMBIA

La evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia ha estado marcada por situaciones y procesos muy peculiares. A pesar de que nuestro

¹⁸ Henry Alexander Mejía, Op. Cit., Pag. 211.

¹⁹ ALTAMIRA, PEDRO GUILLERMO. Responsabilidad Extracontractual del Estado. Depalma, Córdoba, Argentina 1941. Pág. 110.

ordenamiento jurídico pertenece al sistema continental, las construcciones pretorianas abrieron y trazaron el camino que permitió la consolidación de una teoría sólida en esta materia.

Esta situación se presentó en gran medida por el vacío normativo que en aquella época reinaba en nuestro sistema jurídico. *“Para tener una idea cabal de este aserto inicial, es menester advertir que ni la Constitución Política de 1.886 –bajo cuya vigencia se inicia la jurisdicción especializada y se consolida la teoría -, ni la ley, establecían norma alguna que, de manera general, dispusiese la indemnización de los perjuicios que el Estado causara con su actividad a una persona cualquiera.”*²⁰

Así las cosas, a continuación *grosso modo* abordaré las distintas etapas o momentos que se han presentado en el desarrollo de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia:

3.1 PREPONDERANCIA DEL DERECHO PRIVADO - JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

En las postrimerías del siglo XIX, la Corte Suprema de Justicia tomó la trascendental decisión de abordar y desarrollar una serie de teorías jurisprudenciales que permitieran sustentar la responsabilidad extracontractual del Estado. Como punto de partida se estructuró la siguiente tesis: *“todas las naciones deben protección a sus habitantes nacionales y extranjeros, y si bien es cierto que un Estado, como persona jurídica, no*

²⁰ Responsabilidad Patrimonial Extracontractual del Estado. Alier Hernández Enríquez. Bogotá. 2000. Pág. 1.

es susceptible de responsabilidad penal, sí está obligado a las reparaciones civiles por los daños que resultan de un delito imputable a sus funcionarios públicos, cuando no es posible que estos los resarzan con sus bienes”²¹.

Lo anterior se produjo debido a que para aquella época esta corporación detentaba la competencia para fallar sobre este tipo de controversias. Así, *“la Corte Suprema de Justicia – en sus Salas de Casación Civil y de Negocios Generales – fue la encargada – por la atribución general de competencia que detentó hasta 1964-, de dirimir los conflictos atinentes a este tema, siendo, por consiguiente, la primera corporación judicial que enfrentó el problema de la carencia normativa sobre el particular”²².*

La ausencia de normas especiales que regularan la materia, llevó a la Corte Suprema a revisar los principios generales del derecho, a estudiar la doctrina y por supuesto, a valorar las normas del derecho privado. Así, en vista de que no podía excusarse y negarse a dirimir estos conflictos, la corporación decidió aplicar por analogía el Código Civil (Artículos 2341 al 2359).

La aplicación del derecho privado desembocó en la declaratoria de responsabilidad del Estado tanto desde una perspectiva directa (artículo 2341) como indirecta (artículos 2347 y 2349), según se pasa a exponer:

3.1.1 RESPONSABILIDAD INDIRECTA DEL ESTADO:

²¹ Sentencia Corte Suprema de Justicia, 22 de octubre de 1896.

²² Alier Hernández Enríquez, Op. Cit., Pág. 2.

Con una sentencia del 28 de octubre de 1976, la Corte Suprema de Justicia empieza a edificar una argumentación que le permita sustentar la responsabilidad patrimonial del Estado. En este fallo se equiparó al Estado con las personas jurídicas de derecho privado, aplicándose en consecuencia un sistema de responsabilidad indirecto. De allí que este ente al igual que las personas jurídicas de derecho privado deba responder por los daños o perjuicios cometidos por sus funcionarios y subalternos.

Esta responsabilidad indirecta se sustentó en la *culpa in eligiendo* y la *culpa in vigilando*. Lo anterior aparejaba que las personas jurídicas responderían por los perjuicios ocasionados tras el accionar de sus funcionarios, ya que se presumía que la diligencia y la responsabilidad en la elección y vigilancia de los mismos había fracasado. A continuación me permito citar los artículos del Código Civil que permitieron desarrollar esta tesis:

“Artículo 2347. Responsabilidad por el hecho ajeno. Toda persona es responsable, no solo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cargo”.

“Artículo 2349. Daños causados por los criados o sirvientes. Los amos responderán del daño causado por sus criados o sirvientes, con ocasión del servicio del Estado por estos a aquellos; pero no respondían si se probare o apareciere que en tal ocasión los criados o sirvientes se han comportado de un modo impropio, que los amos no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso recaerá toda responsabilidad del daño sobre dichos criados o sirvientes”.

3.1.2 RESPONSABILIDAD DIRECTA DEL ESTADO:

Siguiendo este recorrido por los cambios y transformaciones de la responsabilidad patrimonial del Estado, hay que decir que la Corte en una etapa posterior dio un viraje a jurisprudencia para dar paso a la responsabilidad directa del Estado. *“Se consideró que la persona jurídica constituía, junto con sus agentes o funcionarios y funcionarias, una unidad, de tal forma que la “la culpa personal de un agente dado compromete de manera inmediata a la persona jurídica, porque la culpa del agente cualquiera que estos sean, es su propia culpa”.* Esta posición se desarrolló en la jurisprudencia a partir de 1939 y se fundamentó legalmente, ya no en los artículos 2347 y 2349, sino en el artículo 2341 del Código Civil, que consagra la responsabilidad por el hecho propio”²³.

Como bien se puede apreciar, la corte asimiló lo que en la doctrina se conoce como teoría organicista. Al respecto hay que iterar que la misma sostiene que *“los servidores del Estado no deben reputarse personas ajenas al mismo, representantes; antes bien, se incrustan en la organización estatal como una parte integrante o constitutiva de la misma. Gráficamente dirá GIERKE que «cada uno de los órganos de la colectividad -Genossenschaft- es poseída por ésta como un fragmento de sí misma»”²⁴.*

3.2 ETAPA DE TRANSICIÓN

²³ Responsabilidad del Estado. Wilson Ruiz. Consejo Superior de la Judicatura. 2007. Pág. 29.

²⁴ La teoría del órgano en el Derecho Administrativo. Juan Alfonso Santamaría Pastor. En línea:

<http://uaiderechoadministrativo.wikispaces.com/file/view/Teoria+del+organo+en+el+de+r+admin-santamaria.pdf>

Debido a que en muchos aspectos los trasplantes tomados del derecho civil resultaron confusos y problemáticos, paulatinamente la Corte Suprema decidió en algunos casos aplicar la teoría de la falla o falta del servicio. Esto principalmente se dio a partir de una decisión calendada el 30 de junio de 1941, en donde se empieza a construir un discurso con características propias e independientes del derecho civil.

Al respecto resulta de suma importancia mencionar que en la Corte Suprema no recaía completamente la competencia para conocer de las acciones indemnizatorias en contra del Estado, ya que por disposición del Código Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado sería el encargado de dirimir las controversias relacionadas con trabajos públicos. Esta situación favoreció la confusión y la dicotomía entre las tesis desarrolladas por una u otra corporación.

En ese orden de ideas, esta etapa se considera de transición en la medida que en la jurisprudencia se mantenía una fuerte influencia del derecho privado, y en contrapartida, empezaban a despuntar las nuevas tesis que posteriormente predominarían como sustento de la responsabilidad patrimonial del Estado. Entre otras razones me permito citar las siguientes: *“1- La aplicación de la teoría de la culpa o de la falla del servicio fue parcial, puesto que no se aplicó para fallar todas las modalidades de responsabilidad del Estado, aún se aplicaba la teoría organicista para el caso de la responsabilidad directa y en otros casos se aplicaban los postulados de la responsabilidad indirecta.2- Pese a que se aplicaba una teoría propia de derecho público, la Corte Suprema de Justicia, en su afán por determinar el fundamento legal de la misma, la ligó al artículo 2341 del Código Civil que, consagra la responsabilidad por el hecho propio, luego la influencia del derecho privado era determinante.3- A*

pesar de que el Consejo de Estado encontró el fundamento legal en los artículos 16 y 20 de la Constitución Política de 1886 y en el Código Contencioso Administrativo, no por ello puede decirse que existiera un régimen de responsabilidad estatal especial, puesto que la regla general era la competencia de los casos de responsabilidad estatal por parte de la Corte Suprema Justicia y excepcionalmente los asumía el Consejo de Estado.”²⁵.

3.3 ASCENSIÓN DEL DERECHO PÚBLICO - JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

Con la expedición del Decreto 528 de 1964 se le otorga al Consejo de Estado de manera amplia, la competencia para conocer de las controversias relacionadas con la responsabilidad extracontractual del Estado. Hay que recordar que antes de la expedición de esta norma, dicha corporación de manera residual era competente para conocer de los daños ocasionados en el desarrollo de trabajos públicos (artículos 261 a 269 de la ley 167 de 1941). Tal competencia general se derivaba del artículo 20 del mencionado Decreto, el cual establecía lo siguiente: *“La jurisdicción contencioso administrativa está instituida para definir los negocios originados en las decisiones que toma la administración, en las operaciones que ejecute y en los hechos que ocurran con motivo de sus actividades, sin excepción de los casos contemplados en los numerales 2º y 3º del artículo 73 de la ley 167 de 1941.”*

Fue en ejercicio de esta competencia residual que el Consejo de Estado empezó a madurar una serie de argumentos que paulatinamente permitieron el apartamiento de las

²⁵ Wilson Ruiz, Op. Cit., Pág. 30.

tesis que bebían y abrevaban del derecho privado. Así, en providencia del 30 de septiembre de 1960 el Consejo de Estado sostuvo lo siguiente: *“La responsabilidad del Estado... no puede ser estudiada y decidida con base en las normas civiles que regulan la responsabilidad extracontractual sino a la luz de los principios y doctrinas del Derecho Administrativo en vista de las diferencias sustanciales existentes entre éste y el derecho civil, dadas las materias que regulan ambos derechos, los fines perseguidos y el plano en que se encuentran colocados”*.

Como ya se había expuesto anteriormente, no existía para la época que se viene analizando una normatividad constitucional y legal que regulara de manera expresa la responsabilidad extracontractual del Estado. Ante esta situación, la Corte se vio compelida a desplegar una fuerte carga argumentativa con el propósito de darle coherencia y consistencia a sus providencias. Al respecto, el Doctor Carlos Gustavo Arrieta en sentencia del 2 de noviembre de 1960 sostuvo lo siguiente:

“Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”. En el artículo 16 de la constitución *“...se consagran en términos generales, los deberes, derechos y obligaciones de la administración pública frente a los deberes, derechos y obligaciones de los particulares, y se establece un régimen jurídico de equilibrio entre aquéllas y éstos. Se estructura así la típica relación de derecho público que la Constitución desarrolla en los artículos siguientes. El deber de la administración es proteger a las personas contra la agresión jurídica proveniente de los particulares, pero con mayor razón aún tutelarlas contra los actos y*

hechos de las propias autoridades. Si la lesión ocasionada por un tercero implica la indemnización del daño, la que es causada por el mismo protector de ese derecho, ha de determinar, por lo menos, idénticas consecuencias jurídicas.”

“En los textos analizados [artículos 2, 16 y 33 de la Constitución Política] se echan las bases de la responsabilidad del Estado en razón de sus actos y de sus hechos, en los artículos 136 y siguientes de la Constitución se crea una jurisdicción especial para conocer de esta clase de negocios, y en el código contencioso administrativo se complementan aquellos principios, se adiciona esa organización y se establecen las acciones y procedimientos aplicables. Queda así consagrado el derecho adjetivo, y una jurisdicción autónoma para decidir de las controversias de derecho público.”

Lo anterior para concluir finalmente que *“en la Constitución Nacional se echaron las bases de las ideas analizadas y en el código contencioso administrativo se desarrollaron ampliamente, estructurándose así un sistema jurídico autónomo y congruente sobre responsabilidad del Estado, que hizo inoperante en estas materias, la reglamentación del derecho privado.”*

Con esta interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, paulatinamente se fue consolidando una argumentación más acorde con el derecho público y alejada, por supuesto, de los criterios edificados por el derecho privado. Se puede concluir entonces que *“ante la ausencia de reglas constitucionales y legales que establecieran un principio general de la responsabilidad patrimonial del Estado, el Consejo de Estado. edificó por vía jurisprudencial el Instituto de la responsabilidad*

extracontractual del Estado con reglas y fundamentos de derecho público, estructurada en el artículo 16 de la Constitución Nacional de 1886, que básicamente era del mismo contenido del actual artículo 2º de la carta, referido a los cometidos o fines del Estado colombiano; lo que permitió abandonar definitivamente, el fundamento iusprivatista, con referencia a las normas que regulan la responsabilidad civil de los particulares, establecidas en nuestro código civil, en el que radicó la Corte Suprema de Justicia la estructuración de la responsabilidad administrativa en nuestro país, en su primera etapa.”²⁶.

3.4 REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD EN VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1886

A continuación me ocuparé de estudiar los regímenes de responsabilidad edificados en vigencia de la Constitución Política de 1886, abordando tanto la responsabilidad por falla del servicio, como los sistemas de responsabilidad objetiva (daños por trabajos públicos, responsabilidad por riesgo, daño especial, pérdida o disminución de bienes o mercancías, etc.).

3.4.1 Falla del servicio – responsabilidad subjetiva:

La falla del servicio se convirtió en el sistema de responsabilidad de mayor aplicabilidad al interior del Consejo de Estado, considerándose en consecuencia como el régimen ordinario y general de imputación. Este título de corte subjetivo presentaba dos modalidades, bien que en cabeza del accionante recayera la carga de demostrar la

²⁶ SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo, “Nuevos Conceptos de Responsabilidad Medica”, 2000, pág. 187.

falla o que el mismo estuviera exonerado de dicha obligación (inversión del *onus probandi*).

Para que se configurara la responsabilidad por falla del servicio, debían concurrir las siguientes circunstancias: “a) *Una falta o falla del servicio o de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio. La falta o falla de que se trata, no es la personal del agente administrativo, sino la del servicio o anónima de la administración.* b) *Lo anterior implica que la administración ha actuado o ha dejado de actuar, por lo que se excluyen los actos del agente, ajenos al servicio, ejecutados como simple ciudadano.* c) *Un Daño, que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho, bien sea civil, administrativo, etc., con las características generales predicadas en el derecho privado para el daño indemnizable, como de que sea cierto, determinado o determinable, etc.* d) *Una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño, sin la cual aun demostrada la falta o falla del servicio, no habrá lugar a indemnización.*”²⁷.

En este régimen el Estado se exoneraba de responsabilidad cuando “*demostraba que el daño había sido causado por el hecho exclusivo de la víctima o de un tercero, por la fuerza mayor, el caso fortuito, o por el agente público en actos completamente desligados del servicio y sin conexión con él*”²⁸.

3.4.2 Responsabilidad objetiva:

²⁷ Sentencia de 28 de octubre de 1.976.

²⁸ Alier Hernández Enríquez, Op. Cit., Pág. 14.

Junto al régimen de la falla del servicio (probado o presunta), el Consejo de Estado estructuró unos criterios de imputación especiales y excepcionales caracterizados por la objetividad de la responsabilidad. Este título de imputación puede ser definido de la siguiente manera: *"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"*²⁹.

A continuación abordaré el estudio de los principales títulos de imputación de carácter objetivo, a saber: daños por trabajos públicos, responsabilidad por riesgo, daño especial y pérdida o disminución de bienes o mercancías.

3.4.2.1 Daños por trabajos públicos: El Consejo de Estado en virtud de la Ley 38 de 1918 determinó que *"el Estado responde cuando daña u ocupa temporalmente una propiedad inmueble, por razón de trabajos públicos, sin necesidad de investigar falta o falla de la administración, es, pues, caso de responsabilidad objetiva. Probado el título para pedir, la ocupación o daño, la orden de funcionario o agente público y la causa de los mismos, los trabajos públicos que son aquéllos ejecutados directa o indirectamente por una entidad de derecho público, sobre un bien inmueble y con fines de utilidad*

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 20 de febrero de 1989, proceso No.4655.

o servicio público, deviene consecuentemente, para el Estado, la obligación de indemnizar”³⁰

Hay que aclarar que la indemnización de este tipo de daños no fue netamente creación jurisprudencial, sino que como ya se dijo, una ley de manera clara y precisa establecía dicha obligación a cargo del Estado. Tampoco se puede confundir con lo preceptuado en el artículo 33 de la Constitución de 1886, ya que esta norma se circunscribe a determinar la responsabilidad por ocupación y expropiación de bienes en caso de conflictos armados.

3.4.2.2 Responsabilidad por riesgo: En una primera etapa, el Consejo de Estado se negó a validar de manera expresa este tipo de responsabilidad al considerar que *“el Consejo de Estado no ha reconocido la responsabilidad por riesgo y que cuando tangencialmente hace relación a tal figura, lo hace para relieves o destacar una falla o falta de servicio”³¹*.

Posteriormente se abandona este precedente y a partir de *“1984 se comienza a aceptar la teoría del riesgo excepcional para aplicarla en los daños producidos por redes eléctricas. En 1989 se dice que según la teoría del riesgo excepcional el Estado compromete su responsabilidad cuando quiera que en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, desarrollados en beneficios de la comunidad, emplea medios o utiliza recursos que colocan a los administrados, bien en sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar un “riesgo de naturaleza excepcional” que, dada su particular gravedad, excede notoriamente las*

³⁰ Sentencia del 28 de octubre de 1976.

³¹ Consejo de Estado. Sentencia 28 de Octubre de 1976. C.P. Jorge Valencia Arango.

cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio”³².

Así, este tipo de responsabilidad en sus inicios se limitó a los perjuicios ocasionados por la prestación del servicio de energía eléctrica, para posteriormente englobar dentro del epíteto de peligrosas actividades relacionadas con el manejo de armas de fuego, la demolición de edificaciones, el transporte de explosivos, la conducción de vehículos automotores, el pilotaje de aeronaves, etc.

3.4.2.3 Daño especial: Bajo este nombre se desarrolló un título jurídico de imputación, el cual permitía realizar un reproche a la administración cuando se desconocía la equidad y se rompía la igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas con actuaciones legítimas. Al respecto se dijo lo siguiente: *“Responde el Estado a pesar de la legalidad total de su actuación, de manera excepcional y por equidad, cuando el obrar de tal modo, en beneficio de la comunidad, por razón de las circunstancias de hecho en que tal actividad se desarrolla, causa al administrado un daño especial, anormal, considerable, superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, rompiéndose así la igualdad de los mismos frente a las cargas públicas, o la equidad que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados la existencia del Estado. Es que la responsabilidad sin falta, por daño especial, encuentra su respaldo en la equidad que campea como espíritu general en la Constitución y tiene especial repercusión en los artículos 30 y 33*

³² LA RESPONSABILIDAD POR RIESGO. SAUL URIBE GARCÍA. Revista Ratio Iuris N° 1.

de dicho estatuto, constitutivos de derecho público interno suficientes para configurar la responsabilidad”³³

Dentro de las controversias falladas con la argumentación jurídica que se acaba de exponer, “*pertenece uno de los primeros fallos del Consejo de Estado que se recuerda, tendiente a indemnizar los perjuicios sufridos por un periódico cuya circulación fue imposible por la acción de la fuerza pública, y que luego se extendió a muchos otros casos, algunos de los cuales responden perfectamente al diseño inicial, tales como la indemnización por la desvalorización de la propiedad inmobiliaria particular causada por la construcción de un puente peatonal, y otros que se sitúan mejor en la teoría del riesgo, como es el caso de la reparación por la destrucción de una casa de la demandante por la acción armada del ejército que perseguía un peligroso delincuente*”³⁴

3.4.2.4 Pérdida o disminución de bienes o mercancías: Este régimen encontraba sustento en el artículo 2 del Decreto Ley 630 de 1942, el cual disponía que “*el Estado era responsable por las mercancías almacenadas en bodegas oficiales, desde la fecha de su recibo hasta la de su retiro en forma legal o su abandono voluntario o legal, salvo fuerza mayor o culpa de la víctima derivada del empaque defectuoso o inadecuado, inconsistente o mal confeccionado*”.

El Estado sería objetivamente responsable en caso de afectación o pérdida de mercancías, siempre y cuando estas se encontraran bajo su custodia mientras se

³³ Fallo del 28 de octubre de 1976.

³⁴ Alier Hernández Enríquez, Op. Cit., Pág. 19.

surtían los trámites legales pertinentes. Si el perjuicio se causaba en un estado posterior, le incumbía al accionante demostrar la respectiva falla del servicio.

4. CONSTITUCIÓN DE 1991 Y EL DAÑO ANTILJURÍDICO

4.1 ANTECEDENTES ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

Como no podía ser de otra manera, iniciaremos este capítulo citando el ya muy conocido artículo 90 de la Constitución Política, el cual determina lo siguiente:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

Para que se pudiera materializar dicha normatividad, fue necesario debatir y analizar al interior de la Asamblea Nacional Constituyente muchos proyectos que abordaban la responsabilidad patrimonial del Estado. *“Así, en el proyecto de Juan Gómez Martínez “el Estado responderá patrimonialmente por todos los daños y perjuicios morales y materiales que ocasionare a los particulares por su acción u omisión”; en el de Juan Carlos Esguerra el Estado y el funcionario responden “de los daños injurídicos que, por acción u omisión, causen con ocasión o con pretexto de sus tareas”; en el de Helena Herrán de Montoya “El Estado es responsable por los daños causados en ejecución de los servicios y las funciones a su cargo”; y en el de José Matías Ortiz, muy interesante, porque evidencia que no es suficiente que el Estado haya simplemente causado el daño, pues no podría entenderse de otra manera la precisión que se vio obligado a hacer, en el sentido de que también debía repararse el daño resultante de la ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, caso en el cual, habiendo actuado la administración correctamente, de acuerdo con la ley, nada hay que reprocharle, se*

dijo: “Las autoridades deberán indemnizar a los particulares todo perjuicio ocasionado por la violación de alguno de sus derechos fundamentales o por la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas”. ”³⁵.

Al constituyente Juan Carlos Esguerra se le encomendó la misión de redactar la ponencia y realizar el estudio preliminar del proyecto No. 72. Como resultado de lo anterior, decidió modificar y ajustar el artículo relacionado con la responsabilidad del Estado, el cual quedó estructurado de la siguiente manera:

“Las autoridades públicas serán responsables por infracción de la Constitución y de las leyes y por extralimitación u omisión en el ejercicio de sus funciones. Cualquier persona podrá solicitar de la autoridad competente la aplicación de las correspondientes sanciones penales o disciplinarias. Cuando sea procedente, también podrá demandar ante el juez competente que se ordene a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido.

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. La demanda podrá dirigirse indistintamente contra el Estado, la autoridad pública o uno y otra.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños que haya sido consecuencia de la conducta culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.”³⁶.

³⁵ LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO A LA LUZ DEL ARTÍCULO 90 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Felipe Navia Arroyo. Revista de Derecho Privado No. 6, julio/diciembre 2000.

³⁶ Gaceta Constitucional, núm. 56, p. 15.

En lo que respecta a la ponencia elaborada por dicho jurista, hay que decir que en la misma se hace una clara y diáfana defensa de la teoría del daño antijurídico y se ponen de manifiesto las limitaciones que encarna la ya agotada falla del servicio. Lo anterior en los siguientes términos:

“Conviene señalar que el régimen que se propone en materia de responsabilidad patrimonial no se limita a su mera consagración expresa a nivel constitucional, sino que, además, incorpora los más modernos criterios sobre la materia, consistentes en radicar el fundamento de esa responsabilidad en el daño antijurídico y en su imputabilidad al órgano estatal. De esta manera se resuelve el problema que hoy ya plantea la evidente insuficiencia del criterio de la llamada “falla del servicio público”, dentro del cual no caben todas las actuales formas y casos de responsabilidad patrimonial, tales como el de la “responsabilidad por daño especial”.

En otras palabras, se desplaza el soporte de la responsabilidad administrativa, del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado al concepto objetivo de la antijuridicidad del daño producido por ella. Esta antijuridicidad habrá de predicarse cuando se cause un detrimento patrimonial que carezca de título jurídico válido y que exceda el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social.

Por lo que hace a la imputabilidad, se trata de resaltar la circunstancia de que, para que proceda la responsabilidad en cuestión, no basta con la mera relación de causalidad entre el daño y la acción de una autoridad pública, sino que es necesario, además, que pueda atribuirse al órgano o al Estado el deber jurídico de indemnizarlo.

La determinación de las condiciones necesarias para el efecto quedará, naturalmente, en manos de la ley y la jurisprudencia”³⁷.

Luego de los respectivos debates en la Comisión primera y en la plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente, el proyecto se fue depurando (se suprimieron los dos primeros incisos) quedando de la siguiente manera: *“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. La demanda podrá dirigirse indistintamente contra el Estado, el funcionario o uno y otro.*

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.”.

4.2 ALCANCES DEL ARTÍCULO 90 SEGÚN JUAN

CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO

Realizado el anterior repaso histórico, paso a valorar los alcances del artículo 90 de la Constitución Política de 1991, según las manifestaciones exteriorizadas por el artífice y defensor del mismo, Doctor Juan Carlos Esguerra.

Sobre el sentido y envergadura del artículo objeto de análisis, dicho constituyente ha establecido lo siguiente: *“El fin básico que persigue el precepto que finalmente quedó consagrado en el artículo 90 de la carta es el de afirmar explícitamente, por encima de*

³⁷ *Ibíd*em, p.14.

toda discusión y de toda duda, y sin necesidad de más elucubraciones hermenéuticas por parte de los jueces, la responsabilidad patrimonial del Estado como una de las piedras angulares del Estado de derecho y como una garantía ciudadana fundamental. También ha quedado dicho que se trata de una verdadera responsabilidad estatal. Es decir, de un deber jurídico que, sin ambigüedad ninguna, le ha sido señalado directa y personalmente al Estado. Así pues, es a él y no a sus funcionarios a quien incumbe pechar con las consecuencias de las acciones o las omisiones cumplidas en el marco de una tarea pública, en cuanto ellas produzcan como efecto un daño que, en justicia y en derecho, reclama una reparación. Y es él, entonces, el primer obligado a esa reparación, así esté también comprometida —como en efecto la propia norma dispone que lo está— la responsabilidad personal del agente que obró o debió obrar en su nombre y que, en ese trance, incurrió en dolo o culpa grave.”³⁸.

Así mismo, el Doctor Esguerra ha dado cuenta del viraje que la norma encarna frente a los elementos fundamentales de la responsabilidad patrimonial del Estado, al enarbolándose un nuevo concepto denominado “*daño antijurídico*”. Sobre el particular ha asegurado lo siguiente:

“La exposición de motivos que acompañó el proyecto original, y las sucesivas ponencias que precedieron y siguieron los distintos debates, tanto como el texto mismo de la norma que finalmente salió de ellos, evidencian, con no menor claridad, que la decisión del Constituyente no consistió apenas en enarbolar la responsabilidad del Estado, sino que se extendió además a la redefinición de su tradicional fundamento

³⁸ LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN COLOMBIA COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL. Juan Carlos Esguerra Portocarrero. Pág. 890.

conceptual. Así se desprende, sin duda, del enunciado con el que comienza el artículo, cuando en él se indica de modo preciso que la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado está en “los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. O, dicho de otra manera, que ella nace de la lesión patrimonial que injustificadamente sufre una persona con ocasión del ejercicio de una función pública.

Ya entonces, lo que importa no es tanto si esa función pública se cumplió o no en debida forma, sino, ante todo, si, desde el punto de vista del derecho, el daño que se causó con ocasión de su ejercicio tenía o no alguna justificación; si tenía o no un título jurídico válido. Ello significa decir, sencillamente, que el centro de gravedad de la responsabilidad patrimonial del Estado está ahora en el efecto más bien que en la causa. En otras palabras, que el Constituyente trasladó su eje del carácter antijurídico de la conducta que, por activa o por pasiva, observó la autoridad pública involucrada, al carácter antijurídico del daño al que ella dio lugar.”³⁹.

Finalmente, sobre este punto hay que decir que en un primer momento el Consejo de Estado acogió a plenitud las transformaciones introducidas por el artículo 90, pero paulatinamente tal ímpetu se fue diluyendo. Sobre el particular se duele Esguerra al aseverar que “ni los esquemas, a modo de retazo, de la responsabilidad por falla presunta y de la responsabilidad sin falta, ni el continuo estiramiento de la falla del servicio, son ya necesarios. Empero, el Consejo de Estado no lo ha entendido así. Con todo y que en un comienzo saludó complacido el artículo 90 de la carta de 1991, y que en unos primeros fallos le dio plena aplicación al nuevo régimen que él instituyó, muy

³⁹ *Ibíd*em, p. 891.

poco después giró bruscamente atrás y prácticamente pasó a hacer de cuenta que nada había cambiado, fuera de la proclamación explícita de la responsabilidad patrimonial del Estado”⁴⁰.

4.3 JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO TRAS LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991

Como ya se había mencionado anteriormente, en una primera etapa el Consejo de Estado al interpretar el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, aseveró que la responsabilidad patrimonial del Estado se había tornado objetiva. Para soportar tal tesis, acudió a una serie de doctrinantes españoles que habían realizado importantes aportes en la consolidación de la teoría del daño antijurídico.

Esta objetivización implicaba que ya no era necesario entrar a demostrar la falla del servicio, en la medida en *“no se exige que el perjuicio haya sido causado antijurídicamente, sino que exista un perjuicio antijurídico en sí mismo, desvinculado de la licitud o ilicitud de la actuación”⁴¹*. Sobre esta tesis el Consejo de Estado expuso lo siguiente:

“La sentencia será revocada, pues el ad quem no hace suya la perspectiva jurídica que maneja el a quo, al hacer la valoración jurídica y fáctica de todas las circunstancias particulares del caso [...] Y no se patrocina esta manera de razonar (el a quo no encontró probada la falla del servicio), porque el caso no se deja de manejar con esta última perspectiva jurídica, sino con la filosofía que informa la idea de “LESION”,

⁴⁰ Ibídem, p. 893.

⁴¹ Alier Hernández Enríquez, Op. Cit., Pág. 24.

*esto es, como todo perjuicio antijurídico, que es la base o fundamento del deber de reparación, y que encuentra su apoyo constitucional en el artículo 90 de la Carta*⁴².

En fallo posterior esta corporación se ocupa nuevamente de analizar el artículo 90, arribando las siguientes conclusiones:

“Del texto que se deja transcrito se desprende, en términos generales:

- a) Que la responsabilidad del Estado, directa y objetiva, surge de una acción u omisión.*
- b) Que esa acción u omisión debe ser imputable a una autoridad pública.*
- c) Que esa acción u omisión, imputable a una autoridad, cause un daño antijurídico a una persona natural o jurídica.*

*[...] Se entiende así por qué se califica esa responsabilidad de objetiva. 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 [...]*⁴³

A pesar del ímpetu y la claridad con que encaró el Consejo de Estado la aplicación del artículo 90 del estatuto superior, con el transcurrir del tiempo la tesis objetivista paulatinamente se fue atenuando. Lo anterior implicaba un viraje en la jurisprudencia, ya que contrario a lo que se había afirmado en el primer estadio, se consideró que el artículo objeto de estudio no había suprimido la falla del servicio, sino que por el contrario, había ampliado la responsabilidad frente a los perjuicios causados como consecuencia del funcionamiento normal de la administración (igualdad frente a las cargas públicas).

⁴² Sentencia del 31 de Octubre de 1991. Revista JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA, Tomo XXII, número 255, pág. 210 y 211.

⁴³ Sentencia del 30 de Julio de 1992. Revista JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA, Tomo XXI, número 251, pág. 1055.

Al respecto me permito citar algunas sentencias que dan cuenta del viraje antes descrito:

“Pero decir daño antijurídico no quiere significar que la noción de falta o falla del servicio desapareció de la responsabilidad estatal y menos que el acreedor de la indemnización ya no tenga que probar la falla si la hubo o la conducta irregular que lo lesionó. En síntesis, la nueva Constitución, a pesar de su amplitud en materia de responsabilidad, no la hizo exclusivamente objetiva ni borró del ordenamiento la responsabilidad por falla del servicio. Las nociones de imputabilidad y de daño antijurídico así lo dan a entender.”⁴⁴.

“La consagración misma del daño antijurídico como supuesto de la responsabilidad estatal no está ni objetivizándola ni descartando de dicha responsabilidad la noción de falla del servicio, sino sólo ampliando su ámbito de aplicación, porque así esta puede darse no sólo cuando el daño provenga de la conducta irregular o ilegal de la administración (en sentido lato, cuando el servicio funcionó irregularmente o no funcionó), sino también cuando, prescindiendo de que la actuación haya sido regular o no, quien lo sufre no tenía la carga de soportarlo.

No es del todo exacto que luego de la expedición de la Carta de 1991 la responsabilidad estatal se volvió objetiva y en ningún evento se pueda probar la conducta irregular de la administración que produjo el daño, aunque sí puede estimarse que la jurisprudencia deberá tener también en cuenta ese criterio objetivista para su interpretación.”⁴⁵

⁴⁴ Sentencia del 25 de Febrero de 1993. Revista JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA, Tomo XXII, número 257, pág. 440.

⁴⁵ Sentencia del 2 de marzo de 1993. Revista JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA, Tomo XXII, número 257, pág. 443.

Esta interpretación demasiado conservadora fue controvertida posteriormente al interior del Consejo de Estado. Así, la Sección Tercera se dedicó a darle una justa interpretación al artículo 90, en procura de no sobrevalorar los cambios introducidos por dicha norma.

Lo anterior en los siguientes términos:

“No hay duda de que el fundamento de la responsabilidad del Estado se desplazó de la ilicitud de la conducta causante del daño (falla del servicio o culpa del Estado) al daño mismo, siempre y cuando este fuese antijurídico. Esa sola circunstancia cambia, de modo fundamental, la naturaleza y la finalidad de la institución que, de simplemente sancionatoria pasa a ser típicamente reparatoria, tomando en cuenta para su operatividad no tanto al agente del daño (merecedor de la sanción), sino a su víctima (merecedora de la reparación). Una visión de esa naturaleza ha permitido que la responsabilidad del Estado se comprometa frente a los daños que origina tanto su acción injurídica (como ha sido la tesis tradicional) como su conducta lícita que es donde se nota, con mayor énfasis, el carácter netamente reparatorio que ha ido adquiriendo la teoría”⁴⁶.

“Es en este contexto que toma importancia el concepto de daño antijurídico contenido en el mandamiento constitucional del artículo 90, pues sobre él -en tanto afecta a la víctima -se edifica la responsabilidad del Estado, a condición de que le sea imputable. La antijuridicidad de la causación será un simple criterio de imputación de daños que, junto a otros criterios (tales como la ilegalidad del acto, la ruptura del equilibrio de las cargas públicas entre los asociados, el riesgo creado en peligro de terceros o, según algunos autores el enriquecimiento indebido), permite trasladar los efectos negativos del hecho dañoso desde el patrimonio de la víctima hacia el patrimonio de la

⁴⁶ Sentencia del 21 de octubre de 1999. Revista JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA, Tomo XXIX, número 338, pág. 241.

administración y, eventualmente, dirimir también el reparto de responsabilidades entre aquélla y el agente físico cuya conducta haya causado el daño. El empleo de uno u otro criterio de imputación dependerá en cada caso de la clase o tipo de evento lesivo que, en concreto, se haya producido, pudiendo abarcar, a título de ejemplo, desde la denegación ilegal de una licencia hasta la revocación legal de otra, desde el mal Estado de una vía pública hasta la construcción diligente y correcta de una obra pública, desde una información televisiva legal e inculpable hasta la cancelación ilegal y culpable de una empresa periodística, desde una avería en una instalación técnica hasta el empleo de la coacción directa por las fuerzas de la policía, etc.”⁴⁷.

En ese orden de ideas, el Consejo de Estado se ha ocupado de “replantear el fundamento de la responsabilidad del Estado en Colombia, partiendo del artículo 90 de la Constitución Política de 1991, como norma que consagra un principio general, que debe ser atendido en todos los casos. Esta tarea se ha abordado, nuevamente, tratando de explicar, en primer lugar, el contenido y el alcance de los dos elementos estructurales de dicha responsabilidad, esto es, el daño antijurídico y su imputabilidad al Estado, y de precisar, en segundo lugar, la naturaleza del régimen de responsabilidad que dicha norma contiene.”⁴⁸

⁴⁷ Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera. 3 de Febrero de 2000. M.P: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 14.787.

⁴⁸ Alier Hernández Enríquez, Op. Cit., Pág. 33.

5. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Existe consenso tanto en la jurisprudencia como en la doctrina sobre los elementos fundamentales y estructurantes de la responsabilidad patrimonial del Estado. A continuación abordaré los requisitos que se deben acreditar para que las pretensiones resarcitorias sean reconocidas en sede judicial:

5.1 ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

Resulta indudable que para exista algún tipo de reproche hacia la administración se requiere que esta exteriorice su voluntad. Dentro de las múltiples posibilidades de interacción del Estado con los ciudadanos encontramos los actos administrativos, los hechos, las operaciones administrativas, las vías de hecho y por supuesto, las omisiones. Así, se requiere que *“dicha actuación esté revestida de una irregularidad para ser imputable al Estado, o que sí no está revestida de irregularidad de ella se derive la causación de un daño antijurídico que no debe ser soportado por la víctima en razón de la inexistencia de norma que disponga soportarlo.”*⁴⁹.

Dicha irregularidad se configurará entonces con *“la existencia de una obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de realizar la acción con la cual se habrían evitado los perjuicios”*⁵⁰, o con *“la omisión de poner en funcionamiento los*

⁴⁹ Wilson Ruiz, Op. Cit., Pág. 38.

⁵⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION A. Consejera ponente: GLADYS AGUDELO ORDOÑEZ. Radicación número: 66001-23-31-000-1999-03680-01(17520).

recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso”⁵¹.

5.2 DAÑO ANTIJURÍDICO

Sobre el concepto de daño antijurídico existen multitud de pronunciamientos tanto del Consejo de Estado, como de la doctrina nacional y foránea. En líneas generales se entiende que estamos en presencia de un daño de esta naturaleza, cuando la persona que lo padece no está jurídicamente obligada a soportarlo.

Debido a la riqueza de los argumentos jurídicos, a continuación realizaré una cita bastante amplia de una sentencia proferida por la sección tercera y cuyo ponente fue el Doctor ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ:

“Con la entrada en vigencia del artículo 90 Superior - y sobre ello ha sido afirmativa y reiterada la jurisprudencia -, no hay duda de que el fundamento de la responsabilidad del Estado se desplazó de la ilicitud de la conducta causante del daño (falla del servicio o culpa del Estado) al daño mismo, siempre y cuando este fuese antijurídico.

Esa sola circunstancia cambia, de modo fundamental, la naturaleza y la finalidad de la institución que, de simplemente sancionatoria pasa a ser típicamente reparatoria, tomando en cuenta para su operatividad no tanto al agente del daño (merecedor de la sanción), sino a su víctima (merecedora de la reparación).

Una visión de esa naturaleza ha permitido que la responsabilidad del Estado se comprometa frente a los daños que origina tanto su acción injurídica (como ha sido la

⁵¹ *Ibídem.*

tesis tradicional) como su conducta lícita que es donde se nota, con mayor énfasis, el carácter netamente reparatorio que ha ido adquiriendo la teoría.

Es en este contexto que toma importancia el concepto de daño antijurídico contenido en el mandamiento constitucional del artículo 90, pues sobre él - en tanto afecta a la víctima - se edifica la responsabilidad del Estado, a condición de que le sea imputable.

Se desliga, de esta manera, la antijuridicidad del daño de su causación antijurídica; esta última será, en adelante “...un simple criterio de imputación de daños que, junto a otros criterios (tales como la ilegalidad del acto, la ruptura del equilibrio de las cargas públicas entre los asociados, el riesgo creado en peligro de terceros o, según algunos autores el enriquecimiento indebido), permite trasladar los efectos negativos del hecho dañoso desde el patrimonio de la víctima hacia el patrimonio de la administración y, eventualmente, dirimir también el reparto de responsabilidades entre aquella y el agente físico cuya conducta haya causado el daño. El empleo de uno u otro criterio de imputación dependerá en cada caso de la clase o tipo de evento lesivo que, en concreto, se haya producido, pudiendo abarcar, a título de ejemplo, desde la denegación ilegal de una licencia hasta la revocación legal de otra, desde el mal Estado de una vía pública hasta la construcción diligente y correcta de una obra pública, desde una información televisiva legal e inculpable hasta la cancelación ilegal y culpable de una empresa periodística, desde una avería en una instalación técnica hasta el empleo de la coacción directa por las fuerzas de la policía, etc.”

El daño antijurídico, que el derecho español prefiere denominar “lesión”, “será, entonces un concepto más estricto que daño, que perjuicio, será un perjuicio antijurídico al margen de cualquier idea subjetiva - y no, por consiguiente, un daño causado antijurídicamente - y utilizable únicamente cuando no concurren causas de

justificación expresas que legitimen el perjuicio, de modo que la lesión se dará exclusivamente cuando se produzca un daño que el sujeto determinado no tenga obligación de soportar. Dicho en palabras de García de Enterría “El concepto técnico de daño o lesión, a efecto de la responsabilidad civil, requiere, pues, un perjuicio patrimonialmente evaluable, ausencia de causas de justificación (civiles), no en su comisión, sino en su producción respecto al titular del patrimonio contemplado, y, finalmente, posibilidad de imputación del mismo a tercera persona.”

El daño, en “su sentido natural y obvio”, es un hecho, consistente en “el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien”, “...en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc....” y “...supone la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo.”

Según se ha visto, condición necesaria para que desencadene la reparación es que el daño sea antijurídico, calificación que se obtiene de constatar que el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carezca de “causales de justificación.”

Este punto lo explica así el profesor García de Enterría: “la calificación de un perjuicio en justo o injusto depende de la existencia o no de causas de justificación (civil) en la acción personal del sujeto a quien se impute el perjuicio. La causa de justificación ha de ser expresa y concreta y consistirá siempre en un título que legitime el perjuicio contemplado: por ejemplo la exacción de un impuesto, el cumplimiento de un contrato, una ejecución administrativa o procesal. Fuera de esta hipótesis, todo perjuicio o detrimento patrimonial imputable a un sujeto será una lesión, un perjuicio injusto.”

Adviértase como, entendido así el daño antijurídico frente al cual la C.P. impone la obligación reparatoria a cargo del Estado, si bien puede revestir modalidades diversas (material, moral, fisiológico, etc.), constituye una constante, razón por la cual, al tiempo que constituye un elemento indispensable para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, se sitúa en la base misma de la institución jurídica proveyéndola de fundamento.”⁵².

5.3 NEXO DE CAUSALIDAD

Se entiende por nexo de causalidad la relación clara y eficiente entre la actuación desplegada por la administración y la producción del daño antijurídico. Para que tal nexo sea reconocido, *“el hecho debe ser actual o próximo, igualmente debe ser determinante del daño y debe ser apto o idóneo para causar dicho daño”⁵³.*

Al respecto, el Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente: *“Las imputaciones fácticas son las indicaciones históricas referidas a los hechos que en los cuales el demandante edifica sus pretensiones; o el simple señalamiento de las causas materiales, en criterio de quien imputa, que guardan inmediatez con el hecho y, que considera, contribuyeron desde el punto de vista físico a la concreción del daño.*

[...]

Es necesario recordar asimismo que no cualquier causa en la producción de un daño tiene nexo con el hecho dañino. Sobre el punto, como lo ha explicado la Sala en innumerables oportunidades, se han expuesto dos teorías: la de la equivalencia de las

⁵² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ. Radicación número: 11499.

⁵³ Wilson Ruiz, Op. Cit., Pág. 44.

condiciones, según la cual, todas las causas que contribuyen en la producción de un daño se consideran jurídicamente originantes del mismo. Tal teoría fue desplazada por la de causalidad adecuada, en la cual se considera que el daño fue causado por el hecho o fenómeno que normalmente ha debido producirlo (hecho relevante y eficiente).”⁵⁴.

5.4 IMPUTACIÓN JURÍDICA

Por otra parte, el Consejo de Estado en numerosos fallos se ha ocupado de establecer las diferencias entre la imputación fáctica y la imputación jurídica. Se ha entendido que la primera se realiza desde una perspectiva naturalística y física, en tanto que la segunda desde un plano netamente normativo.

Sobre este punto la Sección Tercera ha esbozado lo siguiente: *“La imputación fáctica tiene como propósito determinar si en el plano material, mas no necesariamente causal, el daño es atribuible o no a un sujeto de derecho. Así las cosas, antes de abordar el análisis de la imputación jurídica o el fundamento de la responsabilidad, es imprescindible que la lesión o afectación antijurídica esté radicada en cabeza de la entidad o del sujeto pasivo de la relación. Una vez constatado lo anterior, es posible abordar el análisis sobre la imputación jurídica, esto es, si existe o no, un fundamento jurídico o normativo que concrete, en el caso específico, la obligación de resarcir el daño antijurídico. En otros términos, la imputación fáctica –y con ella la imputación objetiva del daño– consiste en un estudio retrospectivo que recae sobre la acción u*

⁵⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejera ponente: MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ. Radicación número: 05001-23-24-000-1993-3744-01(13744).

omisión del sujeto, mientras que la imputación jurídica supone la realización de un análisis prospectivo y netamente normativo y jurídico dirigido a determinar si, una vez establecida la atribución material del daño, existe o no el deber jurídico –subjetivo u objetivo– de resarcir el perjuicio”⁵⁵.

⁵⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION C. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Radicación número: 05001-23-31-000-2003-02308-01(37046).

6. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LAS FALLAS EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA

La responsabilidad del Estado derivada de las fallas en la prestación del servicio público de justicia es una construcción jurídica relativamente reciente. En vigencia de la Constitución Política de 1886 la actividad judicial se encontraba totalmente blindada y a salvo de cualquier cuestionamiento de esta naturaleza.

Lo anterior implicaba que *“la responsabilidad del Estado por error judicial como régimen de responsabilidad era una utopía, excepcionalmente se declaraba la responsabilidad del Estado pero por el mal funcionamiento en la administración de justicia, la limitación de la responsabilidad del Estado en materia de funcionamiento de la administración de justicia encontraba su razón de ser en: la cosa juzgada respecto de las sentencias, en la carga pública en que se constituía el contenido de la sentencia en caso de ser dañosa y en los motivos de seguridad jurídica”*⁵⁶.

Resulta curioso que el Consejo de Estado se haya limitado a utilizar los preceptos de la Constitución de 1886 para soportar la responsabilidad del Estado en algunas circunstancias, y se haya cohibido de hacerlo en materia judicial. Si el artículo 16 de dicho estatuto superior *“tampoco distinguía las autoridades a las que se refería, como no lo hace la Constitución de 1991; al referirse a todas las autoridades de la República no permitía excluir a las autoridades encargadas de la prestación del servicio público de administrar 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*

⁵⁶ Wilson Ruiz, Op. Cit., Pág. 86.

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.”⁵⁷.

Así mismo, a pesar de que para la época ya se habían firmado algunos tratados internacionales en los que de manera expresa se hacía referencia al error judicial, su aplicabilidad y eficacia en esta materia fue prácticamente nula. Así, *“pese a que existían en la Constitución de 1886 fundamentos para establecerla (artículos 16 y 50) y en materia de derecho internacional se encontraba el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por la Ley 174 de 1968, la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica aprobada por la ley 16 de 1972, para aquel entonces la supremacía de los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos y por ende su fuerza vinculante a nivel interno no tenía mucho desarrollo doctrinal y jurisprudencial.*”⁵⁸.

Hay que precisar que aunque el Estado no respondía en esta época por las fallas en la administración de justicia, sí lo hacían los funcionarios de manera personal en virtud de lo establecido en el artículo 40 del Decreto 1400 de 1970, a saber:

“ARTÍCULO 40. RESPONSABILIDAD DEL JUEZ. Además de las sanciones penales y disciplinarias que establece la ley, los magistrados y jueces responderán por los perjuicios que causen a las partes, en los siguientes casos:

1. Cuando procedan con dolo, fraude o abuso de autoridad.

⁵⁷RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO DERIVADA DEL ERROR JUDICIAL Y DEL FUNCIONAMIENTO ANORMAL DEL SERVICIO PUBLICO DE JUSTICIA. Daniel Suárez Hernández. Pág. 166.

⁵⁸ Wilson Ruiz, Op. Cit., Pág. 87.

2. *Cuando omitan o retarden injustificadamente una providencia o el correspondiente proyecto.*

3. *Cuando obren con error inexcusable, salvo que hubiere podido evitarse el perjuicio con el empleo de recurso que la parte dejó de interponer.*

La responsabilidad que este artículo impone se hará efectiva en proceso civil separado, por el trámite que consagra el título XXIII. La demanda deberá presentarse a más tardar dentro del año siguiente a la terminación del proceso respectivo. La sentencia condenatoria en el caso del numeral 3 no alterará los efectos de las providencias que la determinaron. En caso de absolución del funcionario demandado se impondrá al demandante, además de las costas, una multa de un mil a diez mil pesos.”.

Tuvimos que esperar hasta el año de 1991 para que las posturas jurisprudenciales en esta materia fueran cambiadas y sustituidas por otras que consultaran los nuevos principios del estatuto superior. Dentro de este viraje jugó un papel medular el artículo 90, ya que esta norma estatuyó una clausula general de responsabilidad a la cual no podían escapar los empleados y funcionarios judiciales.

Ya en vigencia de un nuevo marco constitucional empezaron a surgir normas que regulaban de manera expresa la responsabilidad del Estado por las fallas en la prestación del servicio público de justicia. Muestra de lo anterior son los siguientes artículos del Decreto 2700 de 1991 (242 y 414) y de la ley 270 de 1996 (65 y subsiguientes):

ARTÍCULO 242. CONSECUENCIAS DE LA DECISIÓN QUE EXONERA DE RESPONSABILIDAD. Si la decisión que se dictare en la actuación fuere

cesación de procedimiento o sentencia absolutoria, el sindicato o sus herederos podrán demandar la restitución de lo pagado, sin perjuicio de las demás acciones que se deriven del acto injusto. Habrá lugar a solicitar responsabilidad del Estado.

ARTÍCULO 414. 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 sindicato no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave.

ARTÍCULO 65. DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. El Estado responderá Patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.

En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad.

ARTÍCULO 66. ERROR JURISDICCIONAL. Es aquel 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.

ARTÍCULO 67. PRESUPUESTOS DEL ERROR JURISDICCIONAL. El error jurisdiccional se sujetará a los siguientes presupuestos:

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.

ARTÍCULO 68. PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.

ARTÍCULO 69. DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. Fuera de los casos previstos en los artículos 66 y 68 de esta ley, quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación.

7. CLASIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO TRAS LAS FALLAS EN EL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

La consolidación de un nuevo marco constitucional y al advenimiento de una regulación expresa sobre la materia, nos permite realizar una clasificación muy aceptada por la jurisprudencia y la doctrina, a saber:

- Error jurisdiccional.
- Defectuoso funcionamiento en la administración de justicia.
- Privación injusta de la libertad.

A continuación abordaré los dos primeros supuestos, para después dedicarle un acápite principal a la privación injusta de la libertad.

7.1 ERROR JURISDICCIONAL

Como no podía ser de otro modo, la responsabilidad de las autoridades investidas de facultad jurisdiccional tiene asidero en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991 y en los artículos 66 y 67 de la ley estatutaria de la administración de justicia. Este marco normativo establece *grosso modo*, que el funcionario compromete su responsabilidad y la del Estado cuando profiere decisiones (autos o sentencias) que contravienen el ordenamiento jurídico.

El Consejo de Estado ha definido el concepto de error judicial de la siguiente manera:

“Desde los primeros años de vigencia de la Constitución de 1991, la jurisprudencia ha distinguido el error judicial o jurisdiccional como fuente de responsabilidad patrimonial del Estado, de la responsabilidad que se deriva del anormal

funcionamiento de la administración de justicia. Distinción que se hizo más clara en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (270 de 1996). El primero se define como aquél error que comete un funcionario investido de facultad jurisdiccional, en el curso de un proceso y que se concreta en una providencia judicial que resulta contraria a la ley, y el segundo, corresponde a los supuestos en los cuales la administración de justicia no actúa, lo hace de manera deficiente, o incurre en un retardo injustificado de adoptar las decisiones que corresponda, omisiones o irregularidades que causan daño a las partes o a terceros.”⁵⁹

Así mismo, dicha corporación también se ha ocupado de ahondar en los presupuestos que configuran el error judicial. En sentencia del 31 de agosto de 2005 se determinó lo siguiente: *“Cuando la ley 270 de 1996 refiere a los presupuestos del error jurisdiccional y dispone que 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, y que la providencia contentiva del error esté en firme, no hace otra cosa que determinar los presupuestos del error jurisdiccional, es decir la materia sustantiva que debe dilucidar el juzgador al momento de fallar. Tanto es así que el artículo 70 ibídem al cual reenvía el artículo 67, cuando señala que el afectado deberá haber interpuesto los recursos de ley en los eventos previstos en el artículo 70, quiere significar que si no los interpuso, excepto en los casos de privación de la libertad del imputado cuando esta se produzca en virtud de una providencia judicial, el daño se entenderá debido a culpa exclusiva de la víctima cuando, entre otros, “no haya interpuesto los recursos de ley”. Estas expresiones de la ley Estatutaria de Administración de Justicia - daño y culpa exclusiva*

⁵⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-01495-01(14725).

de la víctima -, dentro del contexto de esas normas, revelan en su orden un elemento esencial de la responsabilidad, y el otro una causa de exoneración por imputabilidad del daño a la propia víctima, elementos, que por su contenido son propios de análisis en las sentencia que resuelva las pretensiones, como así lo sostuvo la Sala en anterior oportunidad. Por consiguiente, esos puntos, sobre los cuales debe recaer la sentencia por error judicial, no pueden ser jamás presupuestos de verificación para procedibilidad de la acción, ni presupuestos de comprobación para concluir que la demanda satisface la cualidad de estar en forma, porque comprometen materias sustanciales de la sentencia de mérito, favorable al demandante o al demandado.”⁶⁰.

7.2 DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Dentro de este título de imputación se engloban todos aquellos perjuicios derivados de la función jurisdiccional y que no tiene su génesis en el error judicial o la privación injusta de la libertad. De allí que *“esta modalidad de responsabilidad esté relacionada con la efectividad de los despachos judiciales, con la exigibilidad de los principios de celeridad, eficacia y economía de la función pública y del debido proceso. Se refiere a la propia gestión jurisdiccional, es decir, aquellas actividades que se realizan necesariamente para juzgar y ejecutar lo juzgado. Son los actos que realizan los jueces para adelantar y definir sus procesos”*⁶¹.

Sobre este punto la jurisprudencia ha establecido los siguientes lineamientos: *“El error jurisdiccional se predica frente a las providencias judiciales por medio de las cuales se declara o se hace efectivo el derecho subjetivo, en tanto que la responsabilidad por*

⁶⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ. Radicación número: 08001-23-31-000-2003-00076-01(28513).

⁶¹ Wilson Ruiz, Op. Cit., Pág. 90.

defectuoso funcionamiento de la administración de justicia se produce en las demás actuaciones judiciales necesarias para adelantar el proceso o la ejecución de las providencias judiciales. La doctrina española para diferenciar el error judicial del defectuoso funcionamiento explicó: “...nos encontramos en el dominio de la responsabilidad por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, siempre y cuando la lesión se haya producido en el ‘giro o tráfico jurisdiccional’, entendido éste como el conjunto de las actuaciones propias de lo que es la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (excluidas las actuaciones de interpretar y aplicar el Derecho plasmadas en una resolución judicial que, como se acaba de indicar, caerán en el ámbito del error judicial); a sensu contrario, no entrarían en este concepto aquellas actividades que produjesen un daño -incluso si éste fuese identificado plenamente como achacable a la actuación de un Juez o Magistrado -si su actuación no se hubiese realizado en el mencionado ‘giro o tráfico jurisdiccional’, sino en otro tipo de actuaciones distintas. En definitiva, en el régimen establecido para la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia habrán de incluirse las actuaciones que, no consistiendo en resoluciones judiciales erróneas, se efectúen en el ámbito propio de la actividad necesaria para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado o para garantizar jurisdiccionalmente algún derecho”. Así también lo previó el legislador colombiano cuando dispuso que, fuera de los casos de error jurisdiccional y privación injusta de la libertad, “quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación” (Art. 69 ley 270 de 1996).”⁶².

⁶² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: RICARDO HOYOS DUQUE. Radicación número: 25000-23-26-000-1992-8304-01(13164).

En otro fallo, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo deja claro que tanto los particulares investidos de función jurisdiccional, como los empleados y auxiliares de la justicia pueden ser generadores del defectuoso funcionamiento de la administración de justicia: *“En cuanto a dicho régimen de responsabilidad, resulta indispensable señalar que dentro de ese concepto están comprendidas todas las acciones u omisiones constitutivas de falla, que se presenten con ocasión del ejercicio de la función de impartir justicia, de modo que aquélla (la falla) puede provenir no sólo de los funcionarios, sino también de los particulares investidos de facultades jurisdiccionales, de los empleados judiciales, de los agentes y de los auxiliares judiciales. Así lo previó el legislador colombiano cuando dispuso que, fuera de los casos de error jurisdiccional y privación injusta de la libertad, “quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación”. Se trata de una responsabilidad que, a diferencia de la que surge del error judicial, se produce en las actuaciones judiciales necesarias para adelantar el proceso o la ejecución de las providencias judiciales.”*⁶³.

⁶³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA SUBSECCION A. Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Radicación número: 76001-23-31-000-1997-25008-01(24135).

8. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

8.1 ANTECEDENTES

Como ya lo he reiterado a lo largo de este trabajo, la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia se ha desarrollado de manera gradual y la amplitud de la misma es un logro relativamente reciente. Hay que recordar que la responsabilidad de los jueces en un principio se consideró algo descabellado, puesto que se consideraban como intocables y sacros los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica.

A pesar del recelo en esta materia, el legislador dio pequeños pasos hacia adelante al promulgar normas que tímidamente regulaban la responsabilidad de los funcionarios judiciales y las indemnizaciones respectivas. Estos pinitos tal vez se dieron gracias a los avances logrados en esta materia por países como Francia, Italia y España.

Así, hay que iterar que un principio se reconocía únicamente la responsabilidad personal de los funcionarios judiciales a la luz del artículo 40 del Decreto 1400 de 1970. Posteriormente se expide el Decreto 522 de 1971, el cual en el artículo 103 establecía lo siguiente: *“Si la revisión prosperare y la pena hubiere sido la pérdida de la libertad, se ordenará pagar al injustamente condenado, a título de compensación por falla en el servicio de justicia, la suma de cincuenta pesos por cada día de privación de la libertad. Esta compensación la deberá el tesoro nacional y serán competentes los jueces de trabajo para conocer de la acción de cobro”*.

Se puede apreciar de manera clara que se reconoce por vez primera en esta materia, la responsabilidad institucional tras la privación injusta de la libertad. A pesar de lo anterior, con carácter restrictivo se establece un criterio estándar para tasar el monto de las indemnizaciones, quedando desprovisto el funcionario del *arbitrio judicis*.

Otra normatividad que resulta pertinente traer a colación es el Decreto 50 de 1987. El Código de Procedimiento Penal de la época establecía en el artículo 241 lo siguiente: “*Si la sentencia que se dictare en la causa revisada fuere absolutoria, el procesado será puesto en libertad, y él o sus herederos podrán demandar lo pagado como sanción o como perjuicio.*”. Esta cláusula legal ya era mucho más amplia, en la medida en que le confería a los operadores judiciales la facultad de cuantificar de manera libre el monto de las indemnizaciones pertinentes.

Este artículo fue derogado con la expedición del Decreto 2700 de 1991 (Por el cual se expiden las normas de procedimiento penal). Dicho código reguló de manera precisa la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad (artículo 242 y 414) y permitió consolidar una abundante jurisprudencia en esta materia. A continuación abordaré los alcances y consecuencias de esta regulación.

8.2 LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD EN VIGENCIA DEL DECRETO 2700 DE 1991

El Decreto 2700 de 1991 reguló en dos artículos lo relacionado con la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, a saber:

- *ARTICULO 242. Consecuencias de la decisión que exonera de responsabilidad. Si la decisión que se dictare en la actuación fuere cesación de procedimiento o*

sentencia absolutoria, el sindicato o sus herederos podrán demandar la restitución de lo pagado, sin perjuicio de las demás acciones que se deriven del acto injusto. Habrá lugar a solicitar responsabilidad del Estado.

- *ARTICULO 414. 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 sindicato no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave.*

El primer artículo hace referencia a la providencia absolutoria que se profiere tras la interposición del recurso extraordinario de revisión. Aquí estamos en presencia de una sentencia condenatoria que deviene posteriormente en injusta. Dicho código establecía los siguientes supuestos para la procedencia del recurso:

“1. Cuando se haya condenado o impuesto medida de seguridad a dos o más personas por un mismo delito que no hubiese podido ser cometido sino por una o por un número menor de las sentenciadas. 2. Cuando se hubiere dictado sentencia condenatoria o que imponga medida de seguridad, en proceso que no podía iniciarse o proseguirse por prescripción de la acción, por falta de querrela o petición válidamente formulada, o por cualquier otra causal de extinción de la acción penal. 3. Cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado, o su inimputabilidad. 4. Cuando con posterioridad a la sentencia, se demuestre, mediante

decisión en firme, que el fallo fue determinado por un hecho delictivo del juez o de un tercero. 5. Cuando se demuestre, en sentencia en firme, que el fallo objeto de pedimento de revisión se fundamentó en prueba falsa. 6. Cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria.

Lo dispuesto en los numerales 4 y 5 se aplicará también en los casos de cesación de procedimiento y preclusión de la investigación.”

La segunda norma anteriormente citada se encuentra inmersa dentro del capítulo titulado “*medidas de aseguramiento*”, y plantea una clausula general de responsabilidad y algunos casos (*el hecho no existió, el sindicato no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible*) en los cuales la detención preventiva del sindicato deviene en injusta y arbitraria tras la sentencia definitiva que así lo reconoce.

Planteado el anterior contexto, paso a exponer la jurisprudencia emanada del Consejo de Estado en vigencia de dicho marco legal.

Como no pocas veces sucede, dicho tribunal a la hora de interpretar el artículo 414 no edificó un criterio único y acabado. Lo anterior implica que el Consejo de Estado “*no ha sostenido un criterio uniforme cuando se ha ocupado de interpretar y aplicar el artículo 414 de Código de Procedimiento Penal —Decreto ley 2700 de 1991, ya derogado pero aún aplicable a casos ocurridos durante su vigencia—, de manera que su jurisprudencia se ha desarrollado en cuatro distintas direcciones*”⁶⁴.

⁶⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCION TERCERA -. CONSEJERO PONENTE: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Radicación No.: 20001-23-31-000-3423-01.

En un primer momento, el Consejo de Estado tomó como soporte de la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad el concepto de error judicial. Se dijo que en estos casos la responsabilidad quedaba comprometida al proferirse decisiones ilegales y contrarias a derecho. *“En este primer momento, si bien la aplicación del comentado artículo 414 del Código de Procedimiento Penal fue enmarcada en la noción de daño antijurídico prevista en el artículo 90 de la Constitución - por considerarse que aquél representaba un fiel desarrollo de dicho canon constitucional -, con carácter restrictivo se sostuvo que en tales eventos la responsabilidad estatal se veía comprometida por razón de una actuación ilegal del Estado, como por ejemplo, la detención de una persona como consecuencia de una captura con desconocimiento de las exigencias legales. De este modo, se condicionó la procedencia de la declaratoria de la responsabilidad del Estado por el hecho de la privación de la libertad, a la demostración de un error jurisdiccional y no a la sola circunstancia de probarse la ocurrencia de cualquiera de las tres hipótesis previstas por el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, esto es, que en sentencia o providencia equivalente el procesado fuese absuelto por encontrarse que el hecho punible imputado no existió o que no lo cometió o que la conducta no estaba tipificada como punible, porque -según se afirmó-, cuando mediaren indicios serios en contra del sindicado, la detención se tenía como una carga que todas las personas debían soportar por igual y que, por tanto, debía probarse de modo específico y suficiente el error o ilegalidad de la decisión que dispuso la medida de aseguramiento.”*⁶⁵

Dicho criterio jurisprudencial fue esgrimido en los siguientes términos: *“Ella [la sindicada] fue retenida en el curso de la investigación relacionada con el aludido secuestro; y del hecho de que hubiera sido absuelta al final no puede inferirse que fue*

⁶⁵ *Ibíd.*

indebida su retención. La justificación de la medida aparece plausible y nada hace pensar que en ella mediaran circunstancias extralegales o deseos de simple venganza. La investigación de un delito, cuando medien indicios serios contra la persona sindicada, es una carga que todas las personas deben soportar por igual. Y la absolución final que puedan éstas obtener no prueba, per se, que hubo algo indebido en la retención. Este extremo, de tan delicado manejo, requería pruebas robustas y serias y no meras inferencias o conjeturas.”⁶⁶.

Posteriormente se morigeró el anterior criterio jurisprudencial, ya que se impuso al actor la carga de demostrar el error de la autoridad jurisdiccional al momento de ordenar la privación de la libertad, cuando se presentaran supuestos distintos a los establecidos en el artículo 414 del Código de procedimiento Penal. Lo anterior por cuanto se aseveró que los casos allí descritos configuraban *per se* una detención injustificada y arbitraria, resultando innecesario ahondar en un punto que ya el legislador había resuelto de antemano. Al respecto se expuso lo siguiente:

“3.- En este orden de ideas, fuera de los casos señalados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, en los cuales la ley presume que se presenta la privación injusta de la libertad, cuando se pretenda obtener indemnización de perjuicios por esta causa, el demandante debe demostrar que la detención preventiva que se dispuso en su contra fue injusta; y, en tales eventos, habiéndose producido la detención preventiva por una providencia judicial, la fuente de la responsabilidad no será otra que el error jurisdiccional”⁶⁷.

⁶⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 25 de julio de 1994, expediente 8.666.

⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 17 de noviembre de 1995, expediente 10.056.

“Esta norma instauro legalmente la responsabilidad estatal por daños causados por la administración de justicia, para los casos en que los particulares sean privados injustamente de su libertad. En su segunda parte, ella consagra tres casos en los cuales se dispone que la detención preventiva decretada en un proceso penal, mediante sentencia absolutoria definitiva o su equivalente, debe tenerse como injusta y por ende da lugar a indemnización de quien la sufrió, salvo en los casos en que sea la propia víctima la que la haya causado por su dolo o su culpa grave.

(...)

En la legislación colombiana éste es uno de los pocos casos en que el legislador ha resuelto, por ley, la situación fáctica, no dejando al juez ninguna alternativa distinta de valoración jurídica. En otras palabras, a él no le está permitido manejar la faceta RELATIVA que tiene la falla del servicio, ora para indagar lo que podía demandarse de éste, ora para hablar de la responsabilidad patrimonial desde una CONCRETA REALIDAD, como lo enseña el Profesor Tomás Ramón Fernández”.

(...)

7.- Se reitera que es un tipo de responsabilidad objetiva en la medida en que no requiere la existencia de falla del servicio, razón por la cual no tiene ninguna incidencia la determinación de si en la providencia que ordenó la privación de la libertad hubo o no error judicial; y no es posible la exoneración de responsabilidad de la administración con la sola prueba de diligencia que en esta caso se traduce en la demostración de que dicha providencia estuvo ajustada a la ley”⁶⁸.

⁶⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 12 de diciembre de 1996, expediente 10.229.

En otras decisiones el Consejo de Estado se ha mostrado mucho más cauto a la hora de determinar los alcances del artículo 414, puesto que se considera que no todo daño es indemnizable o reparable. Sobre este punto se ha dicho lo siguiente: *“Debe anotarse, adicionalmente, que no cualquier daño da lugar a la existencia de un perjuicio indemnizable. Los ciudadanos están obligados a soportar algunas cargas derivadas del ejercicio de las funciones administrativas, y sólo en la medida en que, como consecuencia de dicho ejercicio, se produzca un perjuicio anormal, puede concluirse que han sido gravados de manera excepcional. Y es claro que la anormalidad del perjuicio no surge de la ilegalidad de la conducta que lo causa; bien puede existir un daño antijurídico producido por una actuación cumplida conforme a derecho, o un daño no antijurídico producido por una actuación ilegal.*

Así, si bien el hecho de que se adelante una investigación, de cualquier índole –penal, disciplinaria, fiscal, etc.– genera preocupaciones e incomodidades a las personas que resultan vinculadas a ella, no siempre se causará, por esa sola circunstancia, un perjuicio indemnizable a los afectados. Su existencia, en cada caso, deberá ser demostrada”⁶⁹.

Además de los supuestos y casos descritos en el artículo 414, se ha sostenido que también habrá lugar al reconocimiento del daño antijurídico cuando dentro del proceso penal se dé aplicabilidad al principio *in dubio pro reo*. Sobre este punto se aseveró lo siguiente:

“Se estaría, en estos casos, ante la necesidad de diferenciar entre una decisión legal - la que ordena la detención preventiva- pero que a la postre se revela equivocada, pues si bien se trata de una situación en que la ley autoriza, con el propósito de

⁶⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de septiembre de 2000, expediente 11.601.

proteger a la colectividad y garantizar el cumplimiento de una sentencia eventualmente condenatoria, la vulneración del derecho fundamental a la libertad aunque no se encuentre demostrada la responsabilidad del sindicato, cuando esta demostración termina por no producirse y la decisión, por el contrario, es absolutoria, el yerro en que se incurre salta a la vista y debe, entonces, pasar a analizarse si se ha producido un daño antijurídico.

(...)

La Sala observa que en el presente caso, lejos de haber recuperado el sindicato su libertad porque no existiese elemento alguno demostrativo que obrara en su contra, le benefició que la valoración del acervo probatorio ofreciera serias dudas que debieron ser resueltas en su favor, como quiera que no pudo ser desvirtuada la presunción de inocencia que le amparaba. De manera tal que, en el sub iudice, si bien no se ha configurado cabalmente uno solo de los supuestos contenidos en el artículo 414 del C.P.P., entonces vigente, ello obedeció precisamente al hecho de que la Administración de Justicia ora no desplegó, ora no pudo llevar a buen término los esfuerzos probatorios que pudieran haber conducido a demostrar, en relación con el punible de cuya comisión se inculpaba al aquí demandante, que “el sindicato no lo cometió”.

(...)

Exonerar al Estado de responsabilidad por no realizar o culminar las averiguaciones que habrían -probablemente- conducido a la estructuración de la causal de detención preventiva injusta consistente en que el sindicato no cometió el hecho, habiéndose previamente dispuesto su encarcelamiento, constituiría una manifiesta inequidad. Y esa consideración no se modifica por el hecho de que la absolución se haya derivado

de la aplicación del multicitado principio “in dubio pro reo”, pues la operatividad del mismo en el sub júdice no provee de justo título -ex post- a una privación de libertad por tan prolongado período, si el resultado del proceso, a su culminación y de cara a la situación del aquí demandante, continuó siendo la misma que ostentaba antes de ser detenido: no pudo desvirtuarse que se trataba de una persona inocente.

Adicionalmente, resultaría desde todo punto de vista desproporcionado exigir de un particular que soportase inerme y sin derecho a tipo alguno de compensación -como si se tratase de una carga pública que todos los coasociados debieran asumir en condiciones de igualdad-, el verse privado de la libertad durante aproximadamente dos años, en aras de salvaguardar la eficacia de las decisiones del Estado prEstador del servicio público de Administración de Justicia si, una vez desplegada su actividad, esta Rama del Poder Público no consiguió desvirtuar la presunción de inocencia del particular al que inculpaba. La “ley de la ponderación”, o postulado rector del juicio de proporcionalidad en sentido estricto, enseña que el detrimento del derecho o interés jurídico que se hace retroceder, se sacrifica o se afecta en un caso concreto, debe ser correlativo a o ha de corresponderse con el beneficio, la utilidad o el resultado positivo que se obtenga respecto del bien, derecho o interés jurídico que se hace prevalecer, a través de la “regla de precedencia condicionada” que soporta la alternativa de decisión elegida para resolver el supuesto específico. En otros términos, «cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro».

(...)

No corresponde al actor, en casos como el presente, acreditar nada más allá de los conocidos elementos que configuran la declaración de responsabilidad: actuación del

Estado, daños irrogados y nexo de causalidad entre aquella y éstos. Los tres aludidos extremos se encuentran suficientemente acreditados en el expediente, de lo cual se dará cuenta a continuación. Y ocurre que ninguna de estas eximentes ha sido acreditada en el plenario”⁷⁰.

Grosso modo, estas fueron las principales tesis jurisprudenciales edificadas en vigencia del Decreto 2700 de 1991. Con lo expuesto se pueden apreciar las ambivalencias y criterios disímiles a la hora de interpretar el artículo 414, iniciando con una tesis restrictiva, pasando luego por un criterio más amplio y finalmente terminar con una tesis más moderada y atenuada.

8.3 LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD Y LA LEY 270 DE 1996

En el año 1996 se expide la conocida ley estatutaria de la administración de justicia. Esta normatividad reguló lo relacionado con la privación injusta derogando el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991. Esta modificación se hizo en los siguientes términos:

ARTICULO 65. DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.

En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad.

⁷⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2.006, expediente número 13.168.

ARTICULO 68. PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.

Este último artículo fue objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional. Dicha corporación, realizando una interpretación un tanto restrictiva aseveró: *“Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 6o, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo, conviene aclarar que el término “injustamente” se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención.”*⁷¹.

En contra de esta postura reaccionó el Consejo de Estado al considerar que desconocía el artículo 90 de la Constitución Nacional y olvidaba la pertinencia de un análisis sistemático del ordenamiento jurídico. Al respecto se expuso lo siguiente: *“Una lectura aislada del artículo 68 de la Ley 270, junto con las consideraciones tenidas en cuenta por la Corte Constitucional para declarar exequible el proyecto de dicha disposición,*

⁷¹ Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1996.

podrían conducir a entender que la referida norma estatutaria habría restringido el ámbito de posibilidades dentro de las cuales sería posible declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de la detención ordenada por autoridad judicial dentro de una investigación penal, a aquellos casos en los cuales tenga lugar “una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria”, es decir, a supuestos en los cuales se acredite una falla del servicio de Administración de Justicia, de las características descritas por la Corte en el apartado que se acaba de reproducir. Sin embargo, tal conclusión no consulta la obligación del intérprete de buscar el sentido de las disposiciones no de forma aislada e inconexa, sino en el conjunto tanto del cuerpo normativo en el cual se insertan, como de la totalidad del ordenamiento jurídico y, en especial, poniéndolas en contacto con aquellos preceptos de la Norma Fundamental que no pueden soslayarse al momento de precisar su contenido y alcance. En consecuencia, mal podría identificarse el significado del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, prescindiendo de una hermenéutica sistemática con las demás normas de la misma Ley Estatutaria que regulan el objeto al cual ella se refiere o, peor aún, omitiendo conectarla con el artículo 90 constitucional, piedra angular del régimen de responsabilidad del Estado operante en Colombia desde que rige la Carta Política de 1991.”⁷².

Por otro lado, con la entrada en vigencia de un nuevo marco constitucional y legal podría pensarse que variara sustancialmente la jurisprudencia del Consejo de Estado en relación con la privación injusta de la libertad. Pese a lo anterior, las tesis sostenidas en

⁷² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION TERCERA -. CONSEJERO PONENTE: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Radicación No.: 20001-23-31-000-3423-01.

vigencia del Decreto Ley 2700 de 1991 aún se conservan. Este fenómeno ha sido explicado de la siguiente manera: *“En el Estado actual de la jurisprudencia no se discute el carácter objetivo de la responsabilidad estatal cuando, no obstante la privación de su libertad, el implicado es absuelto o se precluye la investigación a su favor, en los casos previstos en el art. 414 del Decreto 2700 de 1991, esto es cuando se establece que (i) el hecho no existió, (ii) el encartado no lo cometió y/o (iii) la conducta no es típica. En este sentido, la jurisprudencia de la Sección concibe objetiva la responsabilidad estatal en los casos antes referidos, inclusive una vez derogado el art. 414 eiusdem, no como aplicación ultractiva del citado Decreto 2700, sino de los supuestos previstos en él, en razón de la responsabilidad estatal en los términos del artículo 90 constitucional y de la Ley 270 de 1996.”*⁷³

En otro fallo sobre el particular se adujo similar argumentación: *“la Sala ha considerado en varias oportunidades que, a pesar de la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996, cuando una persona privada de la libertad es absuelta por alguna de las circunstancias previstas en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, se configura un evento de detención injusta y, por lo tanto, procede la declaratoria de la responsabilidad extracontractual del Estado, en virtud del artículo 90 de la Constitución Política. Asimismo, la jurisprudencia ha señalado que las hipótesis establecidas en el artículo 414 antes citado, al margen de su derogatoria, continúan siendo aplicables a hechos ocurridos con posterioridad a su vigencia, sin que ello implique una aplicación ultractiva del citado precepto legal, sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo, pues, en virtud del principio iura novit*

⁷³ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION B. Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO. Radicación número: 25000-23-26-000-1998-02512-01(25571).

curia, el juez puede acoger criterios de responsabilidad objetiva o subjetiva para respaldar su decisión”⁷⁴.

En ese orden de ideas, a pesar de que la jurisprudencia se ha enriquecido con la entrada en vigencia del artículo 90 de la Constitución Política de 1991 y la ley 270 de 1996, los títulos de imputación y los supuestos establecidos en vigencia del Decreto 2700 de 1991 aún perduran y tienen aplicabilidad como se expuso anteriormente.

⁷⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION A. Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Radicación número: 76001-23-31-000-2003-04623-02(34266).

9. OTROS SUPUESTOS DE CALIFICACIÓN DE LA PRIVACIÓN INJUSTA QUE DAN LUGAR A LA RESPONSABILIDAD ESTATAL

Como ya lo he expuesto, la responsabilidad del Estado se compromete por regla general cuando el sindicado privado de su libertad es absuelto debido a que el hecho no existió, el acusado no lo cometió, la conducta no constituía hecho punible o por aplicabilidad del principio indubio pro reo.

Aunado a lo anterior y por aplicación del artículo 90 de la Constitución Nacional, el Consejo de Estado ha establecido otros supuestos que dan lugar a declarar la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad. Dentro de estos encontramos los siguientes: Carencia de pruebas para la imposición, demostradas al final del proceso, no haber demostrado dolo en el comportamiento, lo que da origen a exclusión de responsabilidad, defectos insalvables de la investigación, etc. *“En estos eventos, que se encuentran por fuera del régimen del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, el Consejo de Estado es exigente en el sentido de que el actor debe demostrar lo injustificado, irrazonable o desproporcionado de la medida privativa de la libertad, lo que implica que en algunos casos se definan de nuevo los soportes de falla del servicio o error judicial.”*⁷⁵.

En igual sentido, el Consejo de Estado ha declarado la responsabilidad del Estado cuando se priva de la libertad a una persona que tenía derecho a la excarcelación. Sobre el particular se ha dicho lo siguiente: *“Esto significa que en vigencia del artículo 415 del decreto 2700 de 1991, las personas contra las que se profiriera medida de*

⁷⁵ Privación injusta de la libertad: entre el derecho penal y el derecho administrativo. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. 2013. Pág. 31.

aseguramiento de detención preventiva y no se encontraran dentro de los supuestos previstos en el artículo 417 ibídem tenían derecho a gozar de la libertad provisional cuando la pena imponible fuera de arresto o no excediera de tres años de prisión. Para la concesión del beneficio bastaba al funcionario instructor realizar una tasación provisional de la pena, de acuerdo con las pruebas que obraran en ese momento en el proceso, pero no podía entrar a analizar el aspecto subjetivo establecido en la ley para otorgar el beneficio. Es decir, se les negó el beneficio por razones de orden subjetivo, contra expresa prohibición legal. Por lo tanto, la privación efectiva de su libertad fue por este aspecto igualmente injusta. Fuente Formal: decreto 2700 de 1991, numeral 1 del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal. Artículo 68 del Código Penal (modificado por el artículo 1o del decreto 141 de 1980).⁷⁶.

⁷⁶ Consejo de Estado 15138/2006.

10. CONCLUSIONES

- ❖ La responsabilidad patrimonial del Estado desde antaño ha sido un tema muy debatido y desde luego controversial. El consenso que impera en la actualidad sobre la materia, es fruto de un largo proceso político y social que vio la luz parcialmente con la superación del despotismo monárquico y el advenimiento del Estado liberal burgués. Este último finalmente dio paso al constitucionalismo moderno y a las democracias tal como las conocemos en nuestros días. Pasamos de la fórmula *the King can do no wrong* y de la soberanía mal entendida, a planos de igualdad y posturas jurídicas mucho más garantistas y razonables.

- ❖ Estas transformaciones paulatinamente fueron desnudando y mostrando las dificultades que aparejaba la aplicación del derecho privado en materias que no podían ser manejadas desde esa perspectiva. Lo anterior le dio un impulso significativo al derecho administrativo y a la consolidación de normas propias para regular las relaciones entre el Estado, sus servidores y los particulares.

- ❖ En cuanto a la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia, a modo de conclusión debo decir que la Corte Suprema de Justicia de nuestro país se encargó de estudiar y dirimir las controversias relacionadas con los daños infringidos por el Estado en contra de particulares. Habida cuenta de los vacíos normativos, esta corporación echó mano de del derechos civil y de los principios que lo inspiran y sustentan. Posteriormente (1964), el Consejo de Estado asume la competencia para tramitar dichos asuntos, realizando todo un proceso de cambio y reingeniería de la mano del artículo 16 de la Constitución Política de 1886. Posteriormente, la Constitución Política de 1991 se encargó de regular de manera

expresa la responsabilidad patrimonial del Estado, estableciendo la obligación de reparar todo daño antijurídico causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

- ❖ Pese a lo anterior, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha modulado los alcances objetivizantes del artículo 90 de la Constitución Política de 1991, al considerar que los títulos de imputación de corte subjetivo aún perviven y tienen plena aplicabilidad. Lo anterior implica que *“a pesar de la redacción de corte objetivo del artículo 90 constitucional, que en un principio llevo a pensar que la responsabilidad estatal en Colombia se ubicaba de manera única en el régimen objetivo, donde bastaba con la demostración de un daño causado por la administración y su contenido antijurídico, se llegó a la conclusión que si bien el Estado solo respondería por los daños antijurídicos causados a los coasociados, debía indagarse la causa que llevaba a la generación del daño, y que dentro de esas causas la falla o falta del servicio continuaría siendo el criterio principal de la responsabilidad. Se estableció entonces que la responsabilidad de carácter subjetivo continuaría siendo la fuente principal de responsabilidad en Colombia, sin dejar de lado la posibilidad de que en algunos eventos se presumiera la culpa de la administración, debiéndose aplicar el criterio objetivo de responsabilidad, en donde no se hace necesaria la demostración de falla alguna en el actuar administrativo”*⁷⁷.
- ❖ En lo que respecta a la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad, hay que afirmar que este tema ha sido muy controvertido

⁷⁷ ¿Es realmente objetiva la responsabilidad del Estado frente a la privación injusta de la libertad en Colombia? Juan Pablo Guio Monje y otros. Universidad Libre. 2012.

tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Como pudimos constatar, al interior del honorable Consejo de Estado se han fraguado muchas tesis y posturas alrededor de la naturaleza y alcance de este título jurídico de imputación. Así mismo, se debe mencionar que la regulación normativa del tema también ha estado llena de sobresaltos. En un primer momento se expidió el Decreto Ley 2700 de 1991 (art. 414) de corte objetivo, posteriormente se promulgó la Ley 270 de 1996 (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia), y finalmente la norma medular en esta materia (art. 414 del Decreto Ley 2700 de 1991) fue derogada con la expedición de la ley 600 de 2000 (Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal).

- ❖ No obstante la derogatoria del artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991 por parte de la Ley 600 de 2000, el Consejo de Estado continúa aplicando los criterios objetivos de responsabilidad allí desarrollados. Al respecto se ha aseverado que *“La Sala no avala una aplicación ultractiva del citado precepto legal (art. 414) que se encuentra derogado, sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo. No se quiere significar, entonces, que se estén modificando los efectos en el tiempo de una norma que se encuentra claramente abrogada. Sin embargo, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, por ser una institución donde rige el principio iura novit curia, es posible que el juez adopte o acoja supuestos de responsabilidad objetiva o subjetiva, lo cual dependerá del fundamento en que se soporte la misma. Lo anterior, se itera, lejos de suponer una aplicación ultractiva del derogado artículo 414 del decreto ley 2700 de 1991, implica el reconocimiento de que en esos supuestos resulta injustificado imponer al administrado la carga de acreditar que la administración pública incurrió en una falla del servicio. Por el contrario, la fuerza y contundencia de los motivos que*

generan la absolución en este tipo de circunstancias, refuerza la idea de que ante esas premisas rige un esquema objetivo de responsabilidad en el que la autoridad judicial que impuso la medida de aseguramiento no puede exonerarse del deber de reparar con la acreditación de que su comportamiento fue diligente o cuidadoso”⁷⁸.

- ❖ Un importante punto de conclusión de éste trabajo, es exhibir como el Consejo de Estado se apartó de la interpretación restrictiva que inicialmente esgrimió la Corte Constitucional al abordar el estudio previo del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, en el sentido de afirmar que *“solo podría hablarse de injusticia en la privación de la libertad cuando esta se tornara abiertamente arbitraria, incluyendo de esta forma la responsabilidad estatal en el criterio subjetivo, dejando por fuera cualquier viso de responsabilidad objetiva en este campo”⁷⁹*. Se consideró que tal postura era miope frente a los claros mandatos del artículo 90 de la Constitución Política de 1991 y se derivaba de una interpretación que no se caracterizaba por ser sistemática e integral.

- ❖ Pero quizá el punto medular de la responsabilidad del Estado derivado del error judicial, es casi invisible, puesto que más que una controversia meramente jurídica de altas Cortes, ilustres tratadistas, y estudios de pregrado y posgrado, lo que debe plantearse es un serio cuestionamiento respecto al método por medio del cual el derecho llega a la verdad. Bien es sabido que existe la verdad real, que es aquella que efectivamente tuvo lugar en la realidad y que su existencia se encuentra en el pasado. Y por otra parte la verdad procesal, que es aquella que se reconstruye al

⁷⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SALA PLENA. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Radicación número: 05001-23-31-000-1996-00659-01(25022).

⁷⁹ ¿Es realmente objetiva la responsabilidad del Estado frente a la privación injusta de la libertad en Colombia? Juan Pablo Guio Monje y otros. Universidad Libre. 2012.

interior de un proceso, mediante la cautela de un Juez de la República, su existencia es incierta, y se construye en el presente para ser válida como futuro. Ciertamente la verdad procesal es mayor a la verdad real puesto que incluso la verdad procesal puede determinar cómo ocurrió la verdad real, aun cuando no sea cierta, a esto se le llama error judicial, cuando la sentencia no corresponde a la verdad real y por tanto no le aporta justicia. En este sentido la justicia es un problema de la verdad, puesto que quien no conoce la verdad de lo sucedido no puede juzgar como justo esto o aquello. Si el derecho fuera más meticuloso y estricto con la investigación, que es la encargada de la recolección de datos y observaciones, y la interpretación fuera menos materialista y se fundara en arraigadamente en el análisis inductivo y deductivo de las pruebas obrantes quizá el error judicial no sería el pan de cada día en la República de Colombia, y entonces la reparación Patrimonial a la que está obligado el Estado no fuera tan recurrente en los procesos. Precisamente el alto índice de error judicial, genera un enorme gasto en reparación patrimonial del Estado en favor de los lesionados, y esta es una forma doble de injusticia, ya que el afectado es sometido a un sufrimiento antijurídico, y los impuestos de los ciudadanos se utilizan para pagar el daño causado a personas inocentes, siendo entonces un despropósito la existencia de una función judicial. El margen de error es tolerable en cualquier sistema de funcionamiento permanente y continuo, sin embargo, en Colombia, el error judicial, permite concluir que la falta de estándares de calidad, técnica y eficiencia en la investigación son los que llevan directamente a la reparación patrimonial, sin embargo, no es solo el método sino también los recursos con los que el Estado cuenta para hacer justicia, puesto que un solo Fiscal es encargado de llevar cientos de casos de todas las materias, y un mismo cuerpo de

investigación debe encargarse de resolver casos jurídicos represados que incluso han sucedido decenas de años atrás.

- ❖ No parece obvio pero quizá uno de los mayores precios que paga el Estado al momento de reparar el error judicial, es precisamente, la desacreditación de las autoridades judiciales. Un país en donde la justicia falla, se equivoca, es errática, y hasta descuidada con la seriedad que amerita la ritualidad del proceso, es un país en el que nadie puede, ni debe confiar, y eso es precisamente lo que se percibe al interior del país, el método por el cual la justicia colombiana llega a la verdad, muchas veces declina en error judicial, poniendo en tela de juicio el porcentaje de justicia que se aloja en cada sentencia de los jueces.
- ❖ De otra parte y ya para finalizar las conclusiones, debe decirse que cuando el porcentaje de error es tan alto como en el caso colombiano, entonces, la regla por la cual se acepta por parte del Estado, cuándo él mismo se equivocó, por supuesto se hace menos sensible, puesto que de aceptar con honestidad sus errores, tal vez difícilmente pudiera hablarse de la reparación patrimonial del Estado, y en vez debería hacerse alusión a una verdadera causal de liquidación económica del mismo. Es así como los jueces en su experiencia en el error judicial, ya saben cuánto cuesta el sufrimiento de cada uno de los reos llevados a prisión injustamente, y pueden estandarizar mediante una tabla muy técnica, cuánto vale dicha angustia y amargura dependiendo de los meses que dure allí en prisión perdiendo sus años de vida injustamente; de no existir esa tabla y donde cada quien pudiera expresar su auténtico dolor, sería más oneroso aún resarcir el daño, pero lo más curioso del caso, es que cuando tantas personas van injustamente a la cárcel por un error judicial diariamente, entonces, se vuelve común el hecho, ya no conmueve a nadie, ya no es de especial atención, y entonces a mayor oferta menor precio, la justicia se torna

insensible, y dice, no pagaré un solo peso más por tu dolor, si bien es cierto, me equivoqué no eres el único hay que indemnizar a varios, no me puedo dar el lujo de gastar tanto dinero en usted.

- ❖ La reparación patrimonial del daño antijurídico, derivada del error judicial, será un tanto más correctiva y tendrá moraleja, el día en que quien cometa el error judicial pierda también un poco mediante el principio de alquimia conocido como la ley de la equivalencia, de suerte, que si una vez se libera y se indemniza a un reo sometido a prisión injustamente por error judicial, se aplica el principio de repetición o despido del funcionario que trasgredió el sistema normativo, entonces, hacer justicia se tomará más en serio.

11. BIBLIOGRAFÍA

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN COLOMBIA COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL. Juan Carlos Esguerra Portocarrero. Pág. 890.

Responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad. Yesica Andrea Salazar Calle. Universidad de Antioquia. 2009.

¿Es realmente objetiva la responsabilidad del Estado frente a la privación injusta de la libertad en Colombia? Juan Pablo Guio Monje y otros. Universidad Libre. 2012.

Héctor Darío Arévalo Reyes. Responsabilidad del Estado y de sus funcionarios. 2002. P. 17 -18.

Jorge Fernández Santamaría. Evolución del Estado. Revista Estudio de Derecho. 1944. P. 85.

Alfonso Noriega Cantú. Los derechos sociales creación de la Revolución de 1910 y de la Constitución de 1997. Universidad Nacional Autónoma de México. 1988. P. 25.

Víctor Manuel Martínez Bullé. Derechos humanos y Estado liberal. En línea: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhumex/cont/1/art/art4.pdf>

Jorge Fernández Santamaría. Evolución del Estado. Revista Estudio de Derecho. 1944. P. 90.

Tribunal de Controversias - Febrero 8, 1873 - Blanco - 1 Suppl. - Rec. Lebon. P. 61.

Privación injusta de la libertad: entre el derecho penal y el derecho administrativo. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. 2013. Pág. 31.

RIVERO, Jean. Les libertés publiques, 2ts., Paris, Presses Universitaires de France, Collection Thémis, 1977- 1981, ver obra traducida al español, p. 297.

La responsabilidad internacional del Estado de el Salvador por la declaratoria de inconstitucionalidad del convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo, al dejar sin efecto el derecho de la libre sindicalización de los empleados públicos y municipales. Henry Alexander Mejía. Ciudad universitaria, San Salvador, agosto de 2008. p. 204.

La expresión del poder público. En línea: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1195/4.pdf>

La teoría del órgano en el Derecho Administrativo. Juan Alfonso Santamaría Pastor. En línea:<http://uaiderechoadministrativo.wikispaces.com/file/view/Teoria+del+organo+en+el+der+admin-santamaria.pdf>

Teissier, George: “La Responsabilité de la puissance publique” París 1906, pág. 147.

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO HASTA ANTES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2002Rosario Amor López Valencia. . RED DE INVESTIGADORES PARLAMENTARIOS EN LINEA (REDIPAL). P. 6.

MAZEAUD, Henry y León Y TUNC, André. Tratado teórico y práctico de la Responsabilidad Civil. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1.963. Tomo I. V. I. p. 87.

La responsabilidad por riesgo. Saul Uribe García. Revista Ratio Iuris N° 1 – UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA DE MEDELLÍN – UNAULA.

ALTAMIRA, PEDRO GUILLERMO. Responsabilidad Extracontractual del Estado. Depalma, Córdoba, Argentina 1941. Pág. 110.

Responsabilidad Patrimonial Extracontractual del Estado. Alier Hernández Enríquez. Bogotá. 2000. Pág. 1.

Responsabilidad del Estado. Wilson Ruiz. Consejo Superior de la Judicatura. 2007. Pág. 29.

La teoría del órgano en el Derecho Administrativo. Juan Alfonso Santamaría Pastor. En línea:<http://uaiderechoadministrativo.wikispaces.com/file/view/Teoria+del+organo+en+el+der+admin-santamaria.pdf>

SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo, “Nuevos Conceptos de Responsabilidad Medica”, 2000, pág. 187.

LA RESPONSABILIDAD POR RIESGO. SAUL URIBE GARCÍA. Revista Ratio Iuris N° 1.

LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO A LA LUZ DEL ARTÍCULO 90 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Felipe Navia Arroyo. Revista de Derecho Privado No. 6, julio/diciembre 2000.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION A. Consejera ponente: GLADYS AGUDELO ORDOÑEZ. Radicación número: 66001-23-31-000-1999-03680-01(17520).

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ. Radicación número: 11499.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejera ponente: MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ. Radicación número: 05001-23-24-000-1993-3744-01(13744).

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION C. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Radicación número: 05001-23-31-000-2003-02308-01(37046).

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO DERIVADA DEL ERROR JUDICIAL Y DEL FUNCIONAMIENTO ANORMAL DEL SERVICIO PUBLICO DE JUSTICIA. Daniel Suárez Hernández. Pág. 166.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-01495-01(14725).

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ. Radicación número: 08001-23-31-000-2003-00076-01(28513).

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: RICARDO HOYOS DUQUE. Radicación número: 25000-23-26-000-1992-8304-01(13164).

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA SUBSECCION A. Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Radicación número: 76001-23-31-000-1997-25008-01(24135).

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCION TERCERA -. CONSEJERO PONENTE: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Radicación No.: 20001-23-31-000-3423-01.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION TERCERA -. CONSEJERO PONENTE: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Radicación No.: 20001-23-31-000-3423-01.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION B. Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO. Radicación número: 25000-23-26-000-1998-02512-01(25571).

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION A. Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Radicación número: 76001-23-31-000-2003-04623-02(34266).

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SALA PLENA. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Radicación número: 05001-23-31-000-1996-00659-01(25022).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 25 de julio de 1994, expediente 8.666.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 17 de noviembre de 1995, expediente 10.056.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 12 de diciembre de 1996, expediente 10.229.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de septiembre de 2000, expediente 11.601.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2.006, expediente número 13.168.

Consejo de Estado 15138/2006.

Sentencia Corte Suprema de Justicia, 22 de octubre de 1896.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 20 de febrero de 1989, proceso No.4655.

Consejo de Estado. Sentencia 28 de Octubre de 1976. C.P. Jorge Valencia Arango.

Sentencia del 31 de Octubre de 1991. Revista JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA, Tomo XXII, número 255, pág. 210 y 211.

Sentencia del 30 de Julio de 1992. Revista JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA, Tomo XXI, número 251, pág. 1055.

Sentencia del 25 de Febrero de 1993. Revista JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA, Tomo XXII, número 257, pág. 440.

Sentencia del 2de marzo de 1993. Revista JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA, Tomo XXII, número 257, pág. 443.

Sentencia del 21 de octubre de 1999. Revista JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA, Tomo XXIX, número 338, pág. 241.

Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera. 3 de Febrero de 2000. M.P: Alier Eduardo.

Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1996.

Gaceta Constitucional, núm. 56, p. 15.