

**BALANCE JURISPRUDENCIAL DEL CONSEJO DE
ESTADO EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD A
PARTIR DE LA CONSTITUCION POLITICA DE
COLOMBIA DE 1991(*)**

RICARDO HOYOS DUQUE

SUMARIO: — I. INTRODUCCIÓN. — II. EL DAÑO ANTIJURÍDICO COMO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. — III. LA DOCTRINA DE LA PRESUNCIÓN DE FALLA DEL SERVICIO: 1. En la Corte Suprema de Justicia. 2. En la sección tercera del Consejo de Estado. 3. En la Sala Plena de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado. — IV. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA ACTIVIDAD JUDICIAL: 1. Antecedentes 2. La Constitución Política de 1991: A) El Código de Procedimiento Penal: a) El error judicial. b) La privación injusta de la libertad. B) La ley estatutaria de la administración de justicia: a) Error jurisdiccional. b) Privación injusta de la libertad. — V. RESUMEN Y CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

No resulta fácil presentar un balance de la jurisprudencia de la sección tercera en los últimos 8 años para precisar cual ha sido el impacto de la expedición de la nueva Carta política de 1991, por varias razones:

1º.- A esta sección le compete principalmente el manejo de los asuntos relativos a la responsabilidad y los contratos de la administración, aspectos que condensan en gran medida la actividad administrativa.

2º.- Además de la jurisprudencia de la sección, en relación con estos temas existe la jurisprudencia de la Sala Plena, no menos importante, a la cual eventualmente llegan aquellas controversias en razón

(*) Texto de la ponencia presentada en el VII encuentro de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, llevado a cabo en Medellín entre los días 12 y 15 de mayo de 1999.

del desaparecido recurso extraordinario de súplica por violación de la jurisprudencia de la Sala Plena o aquellos asuntos remitidos por la sección por su importancia jurídica o trascendencia social.

3°.- Durante este periodo la Constitución contempló una nueva formulación de la responsabilidad de los entes públicos, cuyo alcance ha definido no sólo el Consejo de Estado sino también a la Corte Constitucional.

4°.- Por último, en esa etapa se expidió un nuevo estatuto general de contratación de la Administración Pública, la Ley 80 de 1993, que trajo algunas modificaciones sustanciales en materia de contratos estatales, respecto del cual la sección tercera ha señalado importantes precisiones jurisprudenciales.

Frente a este panorama existen 2 alternativas:

- Enunciar todos los nuevos aspectos planteados por la jurisprudencia de la sección o
- Tomar uno de los 2 grandes temas asignados a la misma y examinar con un cierto grado de profundidad sus desarrollos.

He optado por esta última alternativa para ocuparme de la responsabilidad del Estado y en particular, la incidencia que en la evolución de la misma ha tenido el nuevo texto constitucional, en razón de la importancia que la jurisprudencia tiene en este campo ante la ausencia de un régimen legal o positivo que regule en forma detallada y precisa el tema y que lo convierte en un derecho eminentemente pretoriano.

Adicionalmente como lo señalaba el profesor HAURIUO,

"Las dos principales teorías del derecho administrativo son las del recurso contencioso administrativo contra las decisiones ejecutorias de la administración y las de las responsabilidades pecuniarias en que incurra la administración en el ejercicio de su actividad. Hay dos correctivos de la prerrogativa de la administración reclamados por el instinto popular cuyo sentimiento respecto del poder público pueden formularse en estos dos brocardos: 'que haga, pero que obedezca la ley, -que haga pero que pague el perjuicio'."⁽¹⁾

Al efecto me ocuparé de los siguientes aspectos:

1°.- El daño antijurídico como fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado.

(1) Citado por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA en su prólogo a la obra de Jesús LEGUINA VILLA, *La Responsabilidad Civil de la Administración Pública*, edit. Tecnos, 1983, 2ª ed., p. 21.

2°.- La doctrina de la presunción de falla del servicio.

3°.- La responsabilidad por actividad judicial.

4°.- Por último, presentaré un resumen y las conclusiones.

II. EL DAÑO ANTIJURÍDICO COMO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO⁽²⁾

El punto de partida de nuestro análisis necesariamente tiene que serlo el concepto de daño antijurídico porque de acuerdo con la fórmula adoptada por el art. 90 de la Constitución Política de 1991, es ese el centro de gravedad alrededor del cual debe girar toda la institución de la responsabilidad estatal. No me detendré en el origen de esa fórmula, y simplemente recuerdo que fue elaborada por la doctrina española en particular por el profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA desde el año de 1954, a propósito de la expedición de la ley de expropiación forzosa, que utilizaba el concepto de lesión como lo hace hoy el art. 106.2 de la Constitución Española.⁽³⁾

Idénticas motivaciones llevaron a los constituyentes a adoptar la fórmula de daño antijurídico, para recoger en ella las diversas modalidades de responsabilidad del estado y desligarla por completo de la conducta individual del agente o de criterios subjetivos de imputación del daño como el dolo y la culpa, los cuales tienen relevancia jurídica al momento de definir la responsabilidad personal del funcionario.

(2) Un exámen detallado de los criterios jurisprudenciales para la tasación de perjuicios puede verse en la obra de Juan Carlos HENAO, *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho Colombiano y Francés*, Santa Fe de Bogotá, D.C., Universidad Externado de Colombia, 1998.

(3) En la exposición de motivos de aquella ley se dijo que debía aprovecharse la oportunidad "y que no debiera malograrse de poner remedio a una de las más grandes deficiencias de nuestro régimen jurídico administrativo cual es la ausencia de una pauta legal idónea que permita hacer efectiva la responsabilidad por daños causados por la administración bajo el imperio de criterios jurídico-administrativos que habían caducado ya cuando fueron adoptados por nuestro ordenamiento. Los límites técnicos dentro de los cuales se desenvuelve entre nosotros la responsabilidad por daños de la administración resultan hoy tan angostos, por no decir prácticamente prohibitivos, que los resultados de la actividad administrativa, que llevan consigo una inevitable secuela accidental de daños residuales y una constante creación de riesgos, reviertan al azar sobre el patrimonio particular en verdaderas injusticias amparadas por un verdadero privilegio de exoneración. Se ha estimado que esta es una ocasión ideal para abrir al menos una brecha en la rígida base legal que, perjudicando el interés general no puede proteger intereses de la administración insolidarios con aquél". Citado por LEGUINA VILLA, *op. cit.*, pág. 165.

Así se dejó consignado expresamente en las diferentes ponencias presentadas en la Asamblea Nacional Constituyente en relación con el artículo 90 de la Constitución. En la ponencia que se presentó para el primer debate a la plenaria de la asamblea se dijo:

“Por otra parte, conviene señalar que el régimen que se propone en materia de responsabilidad patrimonial del Estado 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 anti-jurídico 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 “falta 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.”⁽⁴⁾

En la ponencia para segundo debate sobre este mismo punto se afirmó:

“En materia de responsabilidad patrimonial del Estado, se elevan a la categoría constitucional dos conceptos ya incorporados en nuestro orden jurídico: el uno, por la doctrina y la jurisprudencia, cual es el de la responsabilidad del Estado por los daños que le sean imputables; y el otro, por la ley, la responsabilidad de los funcionarios.

La noción de daño en este caso, parte de la base de que el Estado es el guardián de los derechos y garantías sociales y que debe, por lo tanto, reparar la lesión que sufre la víctima de un daño causado por su gestión, porque ella no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo.

La responsabilidad se deriva del efecto de la acción administrativa y no de la actuación del agente de la administración causante mate-

(4) *Gaceta Constitucional* No. 56, abril 22 de 1991, pág. 15.

rial del daño, es decir, se basa en la posición jurídica de la víctima y no sobre la conducta del actor del daño, que es el presupuesto de la responsabilidad entre particulares.

Esta figura tal como está consagrada en la norma propuesta, comprende las teorías desarrolladas por el Consejo de Estado sobre responsabilidad extracontractual por falta o falla del servicio, daño especial o riesgo.”⁽⁵⁾

En palabras del profesor español Jesús LEGUINA VILLA, esta manera de plantear el problema de la responsabilidad del Estado, constituye un verdadero “giro copernicano” para significar que ésta debe replantearse a fin de considerar como sujeto básico de ella, no al autor material del daño sino a la víctima que lo ha soportado.⁽⁶⁾

A pesar de algunas vacilaciones iniciales, finalmente la jurisprudencia del Consejo de Estado concluyó que los criterios lentamente construidos por la jurisprudencia en materia de responsabilidad del Estado recibieron una expresión constitucional firme en el artículo 90, en cuanto “consagración de un principio constitucional constitutivo (*sic*) de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado tanto a la de naturaleza contractual como la extracontractual.”⁽⁷⁾ En otras palabras el artículo 90 “es el tronco en el que encuentra fundamento la totalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado, trátese de la responsabilidad contractual o de la extracontractual.”⁽⁸⁾

Estos criterios fueron acogidos por la Corte Constitucional en la sentencia C-333 del 1 de agosto de 1993 al declarar la exequibilidad condicionada del art. 50 de la ley 80 de 1993, en cuanto señala que las entidades públicas responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que le sean imputables y que causen perjuicio a sus contratistas. La Corte consideró que

“la expresión acusada no vulnera por sí misma la Constitución, siempre y cuando se entienda que ella no excluye la aplicación directa del artículo 90 de la Carta al ámbito contractual. En cambio, la disposición impugnada puede generar situaciones inconstitucionales si se

(5) *Ibidem*, No. 112, 3 de julio de 1991, págs. 7 y 8.

(6) *Op. cit.*, p. 121. Similar a la expresión utilizada por KANT –salto copernicano– para referirse a las consecuencias epistemológicas que se derivan de enfocar el problema del conocimiento a partir del sujeto y hacia el objeto, contrariamente a lo sostenido en aquella época y que vino a significar toda una revolución en la filosofía. La expresión, pues, describe en forma diciente la transformación ocurrida con la nueva teoría.

(7) Sección Tercera del Consejo de Estado, sentencia del 8 de mayo de 1995, Exp. No. 8118.

(8) Sección Tercera, sentencia del 13 de julio de 1993, Exp. No. 8163.

concluye que el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 es el único fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado en materia contractual, por cuanto ello implicaría una ilegítima restricción del alcance del artículo 90 que, como se ha visto, consagra una cláusula general de responsabilidad que engloba los distintos regímenes en la materia. Por ello la Corte declarará la citada expresión exequible, pero de manera condicionada, pues precisará que el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 no constituye el fundamento único de la responsabilidad patrimonial del Estado en el campo contractual, por lo cual el artículo 90 de la Constitución es directamente aplicable en este campo.”

Debe advertirse, que la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996, al examinar el art. 65 del proyecto de lo que hoy es la Ley estatutaria de la administración de justicia, el cual señala que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables por la acción u omisión de sus agentes judiciales, sostuvo que, si bien tal precepto sólo hacía “alusión a la responsabilidad del Estado —a través de sus agentes judiciales— por falla en el servicio, ello no excluye, ni podría excluir, la aplicación del artículo 90 superior en los casos de la administración de justicia.”

Lo cual demuestra que en este punto, aún subsisten algunas confusiones derivadas del concepto tradicional de la falla del servicio, como criterio de imputación principal de responsabilidad al Estado por los daños derivados de sus acciones u omisiones.

No puede desconocerse, sin embargo, que la consagración del daño antijurídico como fundamento constitucional de la responsabilidad estatal, ha permitido que la jurisprudencia del Consejo de Estado la declare en eventos que antes parecían insospechados. Así, a pesar de que no se definió con la claridad que sería deseable el título de imputación jurídica, en sentencias del 25 de agosto y septiembre 8 de 1998 (Exps. IJ-001, IJ-002), la Sala Plena declaró la responsabilidad del Estado Colombiano por los daños ocasionados por agentes diplomáticos extranjeros, en razón de la imposibilidad jurídica en que se hallaba la víctima de tales daños para perseguir su resarcimiento ante la justicia ordinaria, como consecuencia de la inmunidad diplomática que contempla la Convención de Viena sobre agentes diplomáticos (Ley 6 de 1972)⁽⁹⁾.

(9) También la Sala de Casación Civil, en auto del 8 de marzo de 1993, (Exp. No. 4284) había señalado que: “En últimas el Estado Colombiano otorga la garantía de responder por los daños antijurídicos que sufran los habitantes de Colombia cuando resultan causados por el hecho imputable de haber concedido la inmunidad jurisdiccional correspondiente (Art. 90, inciso 1 de la Carta).”

III. LA DOCTRINA DE LA PRESUNCIÓN DE FALLA DEL SERVICIO

La doctrina de la presunción de falla del servicio puede ser examinada en la jurisprudencia bien de la Corte Suprema de Justicia (1), de la sección tercera del Consejo de Estado (2) o de la sala plena contentiosa de este último (3).

I. En la Corte Suprema de Justicia

Resulta paradójico advertir como la tesis de la presunción de falla del servicio fue elaborada por la Sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia en la célebre sentencia del 30 de junio de 1962, con ponencia del magistrado José J. GÓMEZ, al precisar el carácter directo de la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas.

En esta providencia, sin embargo, así se haya invocado el art. 16 de la constitución anterior (hoy art. 2º) como fundamento positivo de la responsabilidad del Estado, se mantiene así mismo el concepto de culpa que sirve de pilar al art. 2341 del C.C. el cual establece la obligación general de reparar los daños causados en relación con todo tipo de personas (naturales, jurídicas, privadas o públicos).

Allí se dijo:

“La noción de la culpa subsiste, pero se desplaza de un sujeto individual al Estado, por razón del deber referido, de suerte que donde quiera que tales prestaciones fallen con la consecuencia de un daño, la Administración habrá dejado de cumplir sus “deberes sociales” e incurrido, por consiguiente, en responsabilidad. Y en mérito de la gravedad y trascendencia de dichos suministros, puesto que de ellos depende la convivencia social y la posesión de los bienes espirituales, morales y materiales que permitan al hombre el alcance de sus aspiraciones y fines, se impone la presunción de culpa en el Estado, como sucede, por ejemplo, en la responsabilidad indirecta por los “hechos ajenos” (arts. 2347 y 2349), o en la que caracteriza las actividades peligrosas (art. 2356). Tal presunción no puede desvirtuarse, en consecuencia, sino probando el caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa de la víctima. Todo lo cual enseña que no se trata de una responsabilidad “objetiva”. La responsabilidad estatal a estos respectos tiende a generalizarse a manera de seguro permanente o con respaldo en la teoría del “riesgo creado”, a favor de los particulares, por los quebrantos que sufran con ocasión de las irregularidades de los servicios públicos, comprendidos naturalmente los casos fortuitos, los hechos de terceros y aún la culpa del damnificado —excluido el dolo—. Más, la jurisprudencia nacional, no cuenta con el germen legal que le

permita lleva a estos confines el horizonte de la responsabilidad extracontractual de la Administración. La Corte tiene descartada la teoría del "riesgo creado", como forma de solución de los conflictos tocantes a la responsabilidad originada en actividades peligrosas, como dan testimonio los fallos de diciembre 9 de 1936 (XLIV, 1918, 412), noviembre 18 de 1940 (L. 1964, 439), febrero 14 de 1941 (L. 1966, 739), mayo 30 de 1941 (LI, 1973, 527, abril 20 de 1944, LVII, 2006 a 2009 148) y abril 30 de 1994 (LXII, 2048, 338)."

Cabe señalar que no obstante que allí se afirma que lo que se presume es la culpa del Estado, en el fondo lo que se presume es la responsabilidad toda vez que no se le confieren efectos exonerativos a la prueba de la ausencia de culpa o falla del servicio, ya que para exonerarse de responsabilidad el Estado debe probar un elemento extraño que rompa el nexo de causalidad. Sobre este punto se volverá más adelante, al examinar la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

2. En la sección tercera del Consejo de Estado

Si bien el Consejo de Estado al asumir la competencia plena por efecto del decreto ley 528 de 1964 para conocer de todos los asuntos relativos a la responsabilidad del Estado⁽¹⁰⁾, en algunas ocasiones habló de presunción de culpa frente a la actividad peligrosa de conducción de vehículos automotores (sección tercera, sentencia del 24 de octubre de 1975, expediente No. 1631) o la utilización de armas de fuego (sección tercera, sentencia de noviembre 6 del mismo año, expediente No. 1246), tal posición no se logró consolidar en forma definitiva ya que en otras ocasiones se dijo que la falla del servicio no se presume sino que debe demostrarse (sección tercera, sentencia del 7 de octubre de 1976).

Es a partir del año de 1989 cuando se consolida en forma definitiva y como principio la presunción de falla del servicio en relación con las siguientes actividades:

a) Daños causados a personas sometidas a la prestación de servicio militar obligatorio: sentencia del 3 de marzo de 1989 (Exp. No.

(10) Debe aclararse que los procesos de responsabilidad por ocupación permanente de la propiedad fueron de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, como consecuencia de la inexecutable de los arts. 261 a 268 de la ley 167 de 1941, mediante sentencia del 20 de junio de 1955 (*Gaceta Judicial*, LXXX, 259). Tales asuntos sólo volvieron a ser de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa con la expedición del decreto ley 01 de 1984, el cual en el art. 86 se refirió expresamente a ellos como una modalidad de la acción de reparación directa.

5290); sentencia del 28 de abril de 1989 (Exp. No. 3852); sentencia del 25 de octubre de 1991 (Exp. No. 6465).

b) Daños causados con armas de fuego: sentencia de 31 de julio de 1989 (exp. No. 2852 (252))

c) Daños causados con vehículos automotores: sentencia del 19 de diciembre de 1989 (Exp. No. 4484).

d) Muertes y lesiones de personas detenidas en las cárceles: sentencia del 5 de marzo de 1991 (Exp. No. 6691).

e) Daños derivados de la prestación de servicios médicos y hospitalarios: sentencias del 24 de octubre de 1990 (exp. No. 5902) y 30 de julio de 1992 (Exp. No. 6897).

Se trata de presunciones de hombre o judiciales pues como lo señala el profesor PERELMAN,

"al lado de los hechos y verdades, a veces partimos de presunciones que, aunque no se presentan seguras como aquellos, sin embargo, suministran bases suficientes para forjar una convicción razonable. Las presunciones se asocian frecuentemente con lo que se produce normalmente y con lo que es razonable tomar como punto de partida... se trataría ya, en este caso, de una tentativa por invertir una presunción que favorece la tesis del adversario. Es este el efecto más inmediato de una presunción: ella impone la carga de la prueba a quien quiere oponerse a su aplicación"⁽¹¹⁾.

(11) *El Imperio retórico. Retórica y argumentación*. Santa Fe de Bogotá, D.C., Grupo editorial Norma, 1997, págs. 47 y 48. El artículo 176 del Código de Procedimiento Civil establece que el hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice. Esa misma regla debe resultar aplicable a las presunciones judiciales o de hombre. En el apartado 2 del artículo 1 de la proposición de Directiva de la Comisión de las Comunidades Europeas del 9 de noviembre de 1990, sobre la responsabilidad del prestador de servicios, se dispone que "la carga de la prueba de la falta de culpa incumbe al prestador de servicios". Cfr. Ricardo DE ÁNGEL YAGUEZ, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Madrid, Ed. Civitas S.A., 1995, pág. 42. Esta inversión de la carga de la prueba parte también en la comunidad europea de la idea de que el profesional dispone de conocimientos técnicos, de las informaciones y de los documentos necesarios que le permiten aportar más fácilmente la prueba de su ausencia de culpa. En el mismo sentido el proyecto de ley relativo a la responsabilidad médica y a la asistencia a las víctimas de un accidente terapéutico presentado por el mediador francés Jean Legatte, por considerar que "hoy es indispensable introducir un principio de responsabilidad objetiva que repose sobre la idea de que el daño resultante de las prestaciones de los servicios médicos defectuosos es un riesgo de la entidad que debe ser equitativamente cubierta, independientemente de toda noción de falta". Cfr. MARCEL SOUSSE, *La notion de réparation de Damages en Droit Administratif Français*, Paris, L.G.D.J., 1994, pág. 447.

En los casos de armas de fuego y vehículos automotores, la jurisprudencia inicialmente sostuvo que la administración se exoneraba de responsabilidad frente a la prueba de ausencia de falla, lo cual implicaba que lo que se presumía era la falla del servicio y no la responsabilidad. Posteriormente, la sección tercera en la sentencia del 24 de agosto de 1992 (Exp. No. 6754) precisó que mientras en relación con estas actividades por su carácter peligroso se presumía la responsabilidad y por lo tanto no exonera la prueba de la ausencia de falla⁽¹²⁾, en relación con los daños derivados de la prestación de los servicios médicos asistenciales en cuanto lo que se presume es dicha falla, la demostración de la ausencia de la misma si exonera.

Allí se dijo:

“Como se observa, la nueva jurisprudencia, que implica un trascendental avance en este campo, consagra en forma más técnica la noción de la falla presunta. Y aunque esta especie del género falla del servicio se asemeja en cierta forma a la noción que se ha venido aplicando como tal con esa misma denominación (en los eventos de lesiones o muertes causadas por armas de dotación oficial o por vehículos automotores o líneas de conducción de energía), estima la Sala que debe hacer algunas precisiones, porque entre una y otra existen matices diferenciales. Así:

Mientras en el evento de la responsabilidad por falla del servicio médico oficial se presume dicha falla, es decir se presume uno de los tres supuestos de esa responsabilidad (los otros, como se sabe, son el daño y la relación de causalidad), en el evento de los daños producidos por las cosas o actividades peligrosas, ya no juega la falla o la conducta irregular de la administración, sino sólo el daño antijurídico (artículo 90 de la C. N.) produciéndose así más que una presunción de falta, una responsabilidad.

Esta distinción permite entender que en los casos de falla presunta dicha presunción, por admitir prueba en contrario, permite a la parte que se le atribuye el daño demostrar la diligencia y cuidado en su actuación, es decir, que actuó dentro de los cánones de la mayor eficacia posible, sin culpa. En otros términos, cuando se habla de falla presunta se entiende que la responsabilidad sigue organizada sobre la noción de falla o falta del servicio como en el evento de la falla del servicio ordinaria, con la única diferencia de que el actor no tendrá que demostrar la conducta omisiva o irregular de la administración porque ésta se presume.

(12) La sección tercera en sentencia del 16 de junio de 1997 (Exp. No. 10.024), en relación con la conducción de vehículos automotores, sostuvo que el trastorno súbito y grave de la salud del conductor no se considera fuerza mayor y, por consiguiente, no exime de responsabilidad, en cuanto no es de origen externo.

En cambio, cuando se habla de la responsabilidad por los daños producidos por las cosas o actividades peligrosas, en las que no juega ya la noción de la falla, ni la probada ni la presunta, le incumbe a la demandada demostrar, para exculparse, la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de tercero, también exclusivo y determinante. Y por eso mismo se entiende que en estos casos no se puede exonerar la administración demostrando la diligencia y cuidado. En otras palabras, estos eventos encuentran ahora en el derecho colombiano respaldo inequívoco en el artículo 90 de la Constitución.”

3. En la Sala Plena de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado

La técnica de la presunción en materia de responsabilidad no ha corrido con buena suerte en la Sala Plena de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado. Así, la tesis de la presunción de responsabilidad en contra del Estado en relación con los daños sufridos por quienes se encuentran sometidos a la prestación del servicio militar obligatorio (art. 216, inciso 2, Constitución Política) fue sustentada por la sección tercera en la sentencia del 28 de abril de 1989 (Exp. No. 3852) en los siguientes términos:

“Si bien es cierto el enfoque de la demanda y su prueba no permiten la prosperidad de la misma, la Sala considera, con apoyo en el principio *iura novit curia*, que la interpretación racional de los hechos permite hacer un enfoque diferente para concluir que si se comprometió la responsabilidad de la nación por la presunción de responsabilidad que se le puede imputar a ésta por el hecho de los conscriptos sometidos a instrucción militar; actividad de especial peligrosidad, no sólo por los peligros que ella implica para los que la reciben, sino por la manipulación de equipos y armas de extraordinario riesgo.

“Si se da en el campo del derecho privado igual presunción en contra de los directores de escuelas y colegios, los que deben responder por el hecho de sus discípulos mientras están bajo su cuidado (artículo 2347 del C.C.), en actividad que se cumple evidentemente con menos riesgos, no se ve razón alguna para que no pueda aplicarse igual regla a una actividad como la que se cumple durante la instrucción militar, con riesgos tan graves que no permiten siquiera comparación con aquella.

Con esto la Sala no privatiza la responsabilidad del Estado, sino que, por el contrario, publicita un principio del derecho privado liberándolo de la nota de responsabilidad indirecta que se le asigna en éste y que no puede darse, en principio, en el campo de la responsabilidad administrativa donde no cabe hablar de la responsabilidad por el hecho ajeno de otro.

Esa publicización puede lograrse porque los sometidos a conscripción o reclutamiento si bien entre ellos están sometidos a una carga igual, frente a las demás personas y para la seguridad y tranquilidad de éstas, en definitiva, están gravados con una carga excepcional que impone que los perjuicios anormales que sufran les sean resarcidos por la comunidad que se beneficia del servicio que prestan.

Puede decirse, entonces, que cuando una persona ingresa al servicio militar en buenas condiciones de salud, debe dejar el servicio en condiciones similares. Si no sucede tal cosa, y muere o sufre daños por fuera de los riesgos normales propios de la instrucción militar, como sucedió aquí, el patrimonio estatal deberá responder por tal resarcimiento.”

Tal decisión, sin embargo, fue revocada por la Sala Plena, mediante sentencia del 20 de noviembre de 1991 (Exp. No. S-108), por considerarla violatoria de la jurisprudencia de la Sala Plena, al fundamentar la responsabilidad del Estado

“en los principios consagrados en los arts. 2347 y 2356 del Código Civil, que son de carácter netamente privatista pues como que (*sic*) consagran la responsabilidad indirecta por el hecho ajeno y la por (*sic*) actividades peligrosas, nociones que de tiempo atrás la jurisprudencia contencioso administrativa ha desechado, acogiendo la responsabilidad directa”⁽¹³⁾.

Lo discutible de esta posición de la Sala Plena, es que se trataba de la muerte de un soldado a manos de otro soldado en una base militar y con arma oficial. Es decir que en el hecho concurrían tres nexos perceptibles con el servicio, atendiendo a los criterios propuestos por la sentencia de la sección tercera del 17 de julio de 1990 (Exp. No. 5980): Nexo temporal: el perjuicio ocurrió en horas del servicio. Nexo espacial: el perjuicio ocurrió en el lugar del servicio. Nexo instrumental: el perjuicio se causó con un instrumento del servicio.

También la sentencia del 31 de julio de 1989, que constituye la sentencia de principio (*stare decisis*, en la terminología del derecho anglosajón) en materia de presunción de falla del servicio en relación con los daños causados por la utilización de armas de fuego por los agentes del Estado, fue revocada por la Sala Plena, en sentencia del 14 de febrero de 1995 (Exp. S-123)⁽¹⁴⁾.

(13) El recurso fue interpuesto por la fiscal (hoy procuradora) delegada ante la sección. La decisión fue aprobada por 11 votos a favor y 7 en contra.

(14) Curiosamente también en este caso la votación fue de 11 votos a favor y 7 en contra, a pesar de que la composición del Consejo de Estado había variado.

Allí se dijo:

“... de la comparación de la providencia recurrida con las sentencias invocadas en la sustentación del recurso se concluye que la Sección Tercera modificó la jurisprudencia adoptada por la Sala Plena Contenciosa de la Corporación, en cuanto hace derivar la falla presunta del concepto de actividad peligrosa o elemento peligroso de las armas de dotación oficial, lo que no se puede desligar del concepto de responsabilidad por culpa in vigilando, propio del derecho civil, cuando la jurisprudencia imperante de acuerdo con las sentencias transcritas fundamenta la responsabilidad del Estado en normas, principios y teorías propias del derecho público; por lo anterior puede afirmarse que la concepción de la falla presunta se deriva de un enfoque jus privatista de la responsabilidad extracontractual que es claramente contrario a lo sostenido por la Sala Plena Contenciosa en esta materia.”

No es exacto que se afirme que la responsabilidad por actividades peligrosas que la jurisprudencia civil ha derivado del art. 2356 del C.C., está ligada a la culpa *in vigilando* por cuanto esta sirve de fundamento a la responsabilidad por el hecho ajeno a la que se refiere el art. 2347 del C.C., cuando señala que “toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado”.

No obstante admitirse la aplicación del principio *iura novit curia* en los procesos de reparación directa, esto es, que “el juez puede interpretar, precisar el derecho aplicable y si es del caso modificar, de acuerdo con los hechos expuestos en la demanda, los fundamentos del derecho invocados por el demandante”, también se dijo:

“La teoría de la falla presunta, cuyos planteamientos básicos se hicieron en la sentencia recurrida, con precisión de conceptos ya adoptados por la Sección Tercera de la Corporación, podrá fundamentar la responsabilidad del Estado en casos diferentes al que ahora ocupa la atención de la Sala, cuando el perjudicado la invoque como sustento de su pretensión de indemnización o en aquellos eventos en los cuales, de acuerdo con los hechos o causa petendi de la demanda sea posible su aplicación, por darse los elementos y condiciones que de acuerdo con la ley permitan presumir su responsabilidad”⁽¹⁵⁾.

(15) Michel PAILLET señala que el juez administrativo es “el maestro de la administración de la prueba”, pero que, en ocasiones, esa función va más allá “cuando fabrica verdaderas reglas de prueba sobre la forma de presunciones de falta”. El Consejo de Estado francés prácticamente jamás utiliza la expresión *presunción de falta*. “La exteriorización del juego de la presunción de falta opera por lo general en las decisiones del juez administrativo a través de la utilización del verbo *révéler* (tal hecho revela la existencia de una falta),

El caso que se debatía en aquella oportunidad no ofrecía mayores dudas, como lo pusieron de presente los consejeros que salvaron su voto, y manejado con la teoría de la falla probada habría conducido a declarar la responsabilidad del Estado. Un agente de la policía maliciosamente no entrega una de las dos armas de dotación oficial que le fueron asignadas para la prestación del servicio, a pesar de lo cual obtiene el salvoconducto que el reglamento exige para disfrutar de sus vacaciones, como una manera de ejercer un control eficaz en relación con la indebida utilización de las armas por los agentes, por fuera del servicio. Cuando se encontraba disfrutando de sus vacaciones, lesiona con el arma de dotación oficial que sustrajo subrepticamente a un ciudadano. Aquí la falla del servicio salta a la vista y se desprende de la simple enunciación de los supuestos fácticos del caso. Los hechos hablaban por sí solos (*Res ipsa loquitur*).

En su salvamento de voto uno de los consejeros disidentes sintetizó en forma certera esa falla del servicio:

"... acudiendo a la lógica de lo razonable, sobre las Fuerzas Armadas pesa una obligación de extrema prudencia y diligencia en relación con el porte y uso de armas, que se traduce en unas exigencias mínimas, como son: el inventario de ellas, qué personal las tiene a su cargo, y que solamente pueden portarlas por razones y durante la prestación del servicio.

El hecho claro y debidamente probado que (sic) el agente de policía ... causante del daño a que se contrae este proceso portara el arma estando en vacaciones, pone en evidencia una grave omisión del funcionario de la policía encargado del armerillo, o de la guarda de la misma, esto es, una falta de diligencia y cuidado en el cumplimiento de sus funciones, al no tener presente que dicho agente tenía a su cargo no sólo la escopeta sino el revólver de marras, y no había devuelto éste al salir a gozar del citado beneficio laboral.

Tal omisión debió aparejar la responsabilidad de la Nación y la consiguiente indemnización de perjuicios en favor del actor"⁽¹⁶⁾.

falta), aunque su uso no sea una garantía de certeza absoluta". Cfr. *La responsabilité administrative*, Paris, Dalloz, 1996, pág. 103. Para Louis de GASTINES, por el contrario, "el término 'presunción de falta' es completamente impropio para designar la presunción de hecho que el juez administrativo aplica para establecer en ciertos casos, las faltas de los agentes. La presunción de hecho es un acto material del juez, que utiliza el procedimiento lógico de la presunción-inducción. El régimen de la presunción de hecho es el mismo en derecho administrativo que en derecho privado." (*Les présomptions en droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 1991, pág. 63).

(16) Ya el Consejo de Estado francés en el fallo *Lemonnier* del 26 de junio de 1918, a partir de las conclusiones del comisario de gobierno Leon BLUM, había señalado que, cuando la falta personal no haya podido ser cometida por el agente sino por medio de instrumentos o de poderes puestos a su disposición por el servicio, "la falta se separará quizás del

Si bien en la providencia de la sección tercera no se invocó para nada el art. 2356 del C.C., el cual ha servido de fundamento normativo para estructurar la presunción de responsabilidad por actividades peligrosas como la conducción de vehículos automotores en la jurisprudencia civil, carece de toda lógica que por el simple prurito de mantener la pretendida autonomía del derecho administrativo en relación con el derecho privado, el juez administrativo deba ignorar ese precepto legal que justamente enuncia como una actividad de esa naturaleza la utilización de armas de fuego⁽¹⁷⁾, simplemente porque se trata de una norma incorporado en el Código Civil. ¿No se tratará de una frontera artificial entre el derecho público y el derecho privado, que ya es hora de derrumbar para darle plena aplicación a unos principios generales y comunes de carácter universal?

Cabe anotar, que la sección tercera ha persistido en su posición sobre la presunción de falla en materia de servicios médicos asistenciales⁽¹⁸⁾, y presunción de responsabilidad en relación con aquellas actividades que comportan riesgo o peligro como la utilización de armas de fuego, conducción de vehículos y redes de energía⁽¹⁹⁾.

Es posible que el asunto puede ser llevado nuevamente a conocimiento de la Sala Plena en razón de los recursos extraordinarios de súplica por violación de jurisprudencia, interpuestos antes de su derogatoria por la ley 446 de 1998.

servicio, pero el servicio no se separará de la falta". Cfr. RIVERO, *Derecho administrativo*. Caracas, Instituto de Derecho Público, Facultad de ciencias jurídicas y políticas, Universidad central de Venezuela, 1984, pág. 319.

(17) "Son naturalmente todos los servicios de la defensa nacional, los que en razón de su potente organización y de los medios excepcionales de que disponen, los que causan a los particulares los daños sino los más considerables, al menos los más frecuentes". Cfr. TEISSIER (1906) citado por Jean Marie BECET en *La Responsabilité de la Puissance Publique*, Paris, L.G.D.J., 1969, pág. 8.

(18) En sentencia del 19 de febrero de 1998 (Exp. No. 11.802) se dijo por la sección que "en los casos de maternidad, en principio ha de suponerse según las normas generales de la experiencia, que este ha de culminar satisfactoriamente, y que es al médico a quien le incumbe demostrar que los eventuales riesgos que puede comportar la atención de la parturienta pueden exonerarlo en el caso concreto de la responsabilidad que se le endilga".

(19) La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido renuente a utilizar el concepto de actividad peligrosa para hablar más bien de riesgo en relación con estas actividades, como una manera de aparentar su pretendida autonomía. Sin embargo, en sentencia del 10 de septiembre de 1998 (Exp. No. 10.820) se dijo: "en conclusión, los daños provenientes de las redes eléctricas, así como del uso de armas de fuego o la conducción de vehículos automotores son conceptos que no presentan diferencia alguna pues se trata de la creación de un riesgo excepcional por el ejercicio de actividades peligrosas, en cuyo caso la responsabilidad es objetiva y el Estado solo se exonera o se libera por medio de la prueba de una fuerza mayor, del hecho de un tercero o de culpa exclusiva de la víctima (causa extraña)".

No parece, en cambio, que el asunto pueda conocerse por razón del nuevo recurso extraordinario de súplica, toda vez que este sólo procede por violación directa de normas sustanciales (art. 194 C.C.A.) y al no existir un régimen legal positivo que regule de manera precisa y detallada el tema de la responsabilidad del Estado, esta ha sido construida en forma pretoriana por el Consejo de Estado.

IV. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA ACTIVIDAD JUDICIAL

En relación con la responsabilidad del Estado por la actividad judicial en Colombia, se pueden distinguir claramente dos periodos: antes de la Constitución Política de 1991 (1) y con posterioridad a ella (2). En esta segunda etapa ha habido una clara intervención del legislador, en particular en el código de procedimiento penal A), el cual reguló dos supuestos específicos de esa responsabilidad: como consecuencia de la decisión que exonera de responsabilidad penal una vez que prospera la acción de revisión, esto es, frente a un error judicial a) y frente a los casos de privación injusta de la libertad b). También la ley estatutaria de la administración de justicia B) se refirió a la responsabilidad del Estado por el error jurisdiccional a) y la privación injusta de la libertad b).

1. Antecedentes

Paradójicamente la jurisprudencia del Consejo de Estado que siempre se había mostrado audaz en materia de responsabilidad, tratándose de la actividad judicial en forma persistente se negó a admitirla con fundamento en el principio de la cosa juzgada y por considerar que "El 'error judicial' no compromete la responsabilidad del Estado; es un riesgo a cargo del administrado, es una carga pública a cargo de todos los asociados"⁽²⁰⁾. En este campo solo tiene aplicación la responsabilidad personal del juez, siempre y cuando se trate de un error inexcusable (art. 40 C. de P.C.).

Esta posición legislativa y jurisprudencial fue duramente combatida por el profesor Carlos H. PAREJA desde el año de 1939, quien consideraba que la lógica y la equidad indican que la indemnización por el defectuoso funcionamiento del aparato de justicia debe reclamarse

(20) Sección tercera, sentencia del 14 de febrero de 1980 (Exp. No. 2367); auto del 26 de noviembre de 1980 (Exp. No. 3062).

del Estado, como gerente que es del servicio público de justicia, sin necesidad de recurrir a subterfugios metafísicos como el de la *culpa in vigilando* en relación con los agentes judiciales.

Cabe recordar que existía un apoyo legislativo lo suficientemente sólido como para haber fundamentado la responsabilidad del Estado con ocasión de los perjuicios que hubiere causado en ejercicio de su actividad jurisdiccional.

En efecto, la Ley 74 de 1968 que ratificó los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el protocolo facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas con el voto unánime de sus asociados en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966, en el art. 9 numeral 6 establece que "toda persona que haya sido injustamente detenida o presa, tendrá derecho efectivo a obtener reparación". A su vez, el art. 14, numeral 6 señala que "cuando una sentencia condenatoria haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido posteriormente indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia, deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido"⁽²¹⁾.

No obstante que allí no se dijo a cargo de quien corre la indemnización, cuando la tercera Asamblea General de las Naciones Unidas se ocupó del tema, para la mayoría de los miembros quedó claro en las discusiones que se llevaron a cabo que "ese derecho puede ser invocado tanto contra el Estado, como contra los particulares"⁽²²⁾.

(21) En el mismo sentido la Convención Americana sobre derechos humanos, más conocida como Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por Colombia mediante la ley 16 de 1972, en el art. 10 preceptúa: "Derecho a indemnización. Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia en firme por error judicial".

(22) Cfr. Hernando LONDOÑO JIMÉNEZ, *De la Captura a la Excarcelación*. Bogotá, Edit. Temis, 1974. P. 200. En el año de 1989 durante la administración del presidente Virgilio Barco se presentó un proyecto de Reforma Constitucional que en el art. 52 incorporaba los derechos humanos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas así como la convención de San José de Costa Rica. En la ponencia para primer debate presentada por el senador Federico ESTRADA VÉLEZ, se criticó esta iniciativa por consagrar en forma "ligera e inconsulta" la obligación del estado de indemnizar los perjuicios a las personas que hubieren sido detenidas injustamente, "sin hacer discriminaciones acerca de si a esa situación de injusticia se llegó dolosamente, culpablemente, o simplemente en virtud de la libre apreciación de fenómenos fácticos". Cfr. *Reforma Constitucional*, publicación del Ministerio de Gobierno, 1989, pág. 48.

Por tratarse de leyes aprobatorias de tratados públicos, estas disposiciones tienen un carácter supralegal de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, ya que no pueden ser desconocidas por las leyes ordinarias. Esa prevalencia en el orden interno de los tratados en materia de derechos humanos así como su carácter de pauta hermenéutica para la interpretación de los derechos y deberes que consagra la Carta Política, se contempla hoy en el art. 93.

Resulta un tanto ilógico e inexplicable que el Decreto-Ley 522 de 1971, que adicionó el Código Nacional de Policía –Decreto-Ley 1355 de 1970–, sí hubiera consagrado de manera expresa la responsabilidad del Estado por sus actuaciones jurisdiccionales.

En efecto: según el inc. 4º del art. 103 del mencionado decreto, cuando prosperaba el recurso de revisión en relación con las sanciones impuestas por las contravenciones especiales que allí se señalaban, “y la pena hubiere sido de pérdida de la libertad, se ordenará pagar al injustamente condenado, a título de compensación por falla del servicio de justicia,⁽²³⁾ la suma de cincuenta pesos por cada día de privación de la libertad”⁽²⁴⁾.

No se explica porqué en el Estatuto de las contravenciones y delitos menores se hacía tal previsión⁽²⁵⁾ y no sucedía lo mismo en el caso de prosperar la revisión en un proceso penal, donde las penas privati-

(23) Hoy el artículo 115 de la Constitución Política de 1991 permite que la ley atribuya funciones jurisdiccionales a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo, no se les permite adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos. La ley 228 de 1995, en desarrollo de esta disposición y del art. 28 transitorio trasladó a las autoridades judiciales el conocimiento de los hechos punibles que se sancionaban con pena de arresto por las autoridades de policía.

(24) “Esta compensación la deberá el tesoro nacional y serán competentes los jueces del trabajo para conocer de la acción de cobro, si a ello hubiere lugar”. Atribuir a la justicia laboral la competencia para conocer de estos asuntos, aparece como algo insólito puesto que el debate será algo extraño a su especialidad. Creemos que esta previsión estuvo inspirada en sentimientos de justicia, ya que en esta jurisdicción tiene mayores efectos el principio de oralidad en la actuación, que teóricamente influye en la celeridad del proceso. Una solución similar fue propuesta en México por Hector SOLIS Q. Cfr. Revista *Criminalia*, México, 1958. XXIV, pág. 179.

(25) El art. 17 de la ley 23 de 1991 derogó expresamente el art. 103 del Decreto-Ley 522 de 1971. La disposición que comentamos muy seguramente tuvo poca o ninguna aplicación, si se tiene en cuenta que quienes eran sujeto de los procesos penales de policía generalmente eran personas de escasos recursos que estaban asistidas por estudiantes de derecho. Valdría la pena corroborar esta afirmación con una investigación de campo a nivel nacional. A pesar del muy plausible propósito que inspiraba la norma en comento, su constitucionalidad era muy discutible si se tiene en cuenta que fue expedida por el Ejecutivo con fundamento en el art. 20, num. 13, de la Ley 16 de 1968, que le otorgó facultades extraordinarias sólo para expedir normas sobre policía.

vas de la libertad que pueden imponerse son más elevadas y, por consiguiente, las posibilidades de ocasionar un daño mayor son más frecuentes. Una simple lógica nos dirá que con mayor razón, argumento *a fortiori*, tales reparaciones debieron ser reconocidas por vía legislativa o jurisdiccional en estos procesos.

2. La Constitución Política de 1991

Durante los debates que se llevaron a cabo en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente Jaime Fajardo Landaneta y Darío Mejía Agudelo, voceros del movimiento guerrillero Ejército Popular de Liberación (EPL) presentaron una propuesta específica que buscaba regular la responsabilidad del Estado derivada de la actividad judicial, la cual en el fondo recogía los supuestos previstos por el art. 121 de la Constitución española del error judicial y el anormal funcionamiento de la administración de justicia.

La fórmula que finalmente se aprobó y que contempla el actual art. 90 de la Constitución se refiere de manera genérica a la responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, sin que se hubiera hecho alusión en particular a la actividad judicial.

La exposición de motivos expresa que

“Tal como se ha redactado el artículo, cabe perfectamente la posibilidad, hacia la cual claramente se está inclinando el derecho moderno, de extender el régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado a aquélla que se deriva de los yerros de la administración de justicia y eventualmente en un futuro, también a la que pueda derivarse de la función legislativa. La instauración concreta de una y otra quedaría, como corresponde, en manos de la ley y la jurisprudencia”⁽²⁶⁾.

A) El Código de Procedimiento Penal

Muy seguramente haciendo eco de las propuestas que se plantearon en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, donde quedó claro que el legislador debía ocuparse de la responsabilidad del Estado por la actividad judicial, el Presidente de la República en ejercicio de las facultades que le confirió el art. 5 transitorio, literal a de la Carta Política, previa consideración y no improbación de la Comisión Especial Legislativa, al expedir el nuevo Código de

(26) *Gaceta Constitucional*, No. 56, abril 22 de 1991, p. 14. En el mismo sentido puede verse también *Interpretación y Génesis de la Constitución de Colombia*, Carlos LLERAS DE LA FUENTE y otros, S.E., Santa Fe de Bogotá, 1992, pág. 198.

Procedimiento Penal –Decreto ley 2700 de 1991– aprovechó la ocasión para regular parcialmente dicho asunto en el proceso penal.

A diferencia de lo que había sucedido en general en materia de responsabilidad, en relación con la actividad judicial debió intervenir primero el legislador, para que a partir de diferentes textos legales con posterioridad la jurisprudencia se encargara de precisar su alcance.

El Código de Procedimiento Penal reguló dos supuestos de responsabilidad del Estado por la actividad judicial:

- La derivada del error judicial como consecuencia de la decisión que exonera de responsabilidad penal en el proceso de revisión (art. 242) y

- La indemnización por privación injusta de la libertad (art. 414)

a) El error judicial

El art. 242 del C. de P. P. preceptúa:

“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 sindicado 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 la responsabilidad del Estado”.

Esta disposición debe armonizarse con el art. 36 del mismo Código que contempla las causales de preclusión de investigación o cesación de procedimiento:

- cuando aparece plenamente comprobado que el hecho no ha existido;
- que el sindicado no lo ha cometido;
- que la conducta es atípica⁽²⁷⁾;
- está plenamente demostrada una causal excluyente de antijuridicidad⁽²⁸⁾;

(27) De acuerdo con el art. 1º del C. de P. P. que consagra el principio de legalidad “nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como punible por la ley penal vigente al tiempo en que se cometió...”

(28) El art. 29 del Código Penal establece que el hecho se justifica cuando se comete: “1. En estricto cumplimiento de un deber legal. 2. En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales. 3. En legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público. 4. Por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defen-

• se demuestra alguna de las causales de exclusión de la culpabilidad⁽²⁹⁾;

• la actuación no podía iniciarse o proseguirse⁽³⁰⁾;

b) La privación injusta de la libertad

El art. 414 del C. de P. P. establece que “quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave”.

De la disposición antes transcrita se desprende que la privación injusta de la libertad puede ponerse de manifiesto no sólo cuando se dicta sentencia absolutoria sino cuando se dicte preclusión de la investigación (art. 443) o auto de cesación de procedimiento (art. 36), por cualquiera de las tres causales que la norma prevé.

La jurisprudencia de la sección tercera ha considerado que en los tres supuestos previstos por el artículo 414 del C. de P.P., la ley presume que se configura la privación injusta de la libertad y por consiguiente

“resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez o magistrado para tratar de definir si por parte de él hubo dolo o culpa”.

sa sea proporcional a la agresión. Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas, cualquiera sea el daño que le ocasione. 5. Por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, no evitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.”

(29) El art. 40 del Código Penal contempla las siguientes causales de inculpabilidad: “No es culpable: 1. Quien realice la acción u omisión por caso fortuito o fuerza mayor. 2. Quien obre bajo insuperable coacción ajena. 3. Quien realice el hecho con la convicción errada e invencible de que está amparado por una causal de justificación. 4. Quien obre con la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal. Si el error proviene de culpa, el hecho será punible cuando la ley lo hubiere previsto como culposo.”

(30) Esta causa de cesación del procedimiento está referida a los delitos que requieren querrela o petición de parte para iniciar la acción penal y que prevé el art. 33 del C. de P.P. Debe tenerse en cuenta además el término de caducidad de la querrela que es de un año, contado a partir del momento de la comisión del hecho punible (art. 32 ibídem). Así mismo, se refiere al término de prescripción de la acción penal regulado en los arts. 79 y ss. del Código Penal.

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 analizar las circunstancias variables en que ella se puede presentar, ora para hablar de la responsabilidad patrimonial, desde una concreta realidad, como lo enseña el profesor Tomás Ramón FERNÁNDEZ.

Para la Sala la orden legal de indemnizar los perjuicios es una respuesta adecuada al facilismo con el cual los jueces suelen disponer de la libertad del hombre, con olvido de que ella es la cualidad fundamental del ser espiritual, esto es, la que le permite la realización de su propia vocación. No se puede seguir jugando con la honra de las personas con la orientación dañina que predica que una medida de aseguramiento, como la detención preventiva, no se le niega a nadie.

“La responsabilidad de la Administración, dentro del ámbito que se estudia, no opera sólo en los casos contemplados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, pues la Constitución Nacional ordena reparar el daño que se genere por una conducta antijurídica de ella. Con esto se quiere significar que el error judicial se debe reparar, no sólo en los casos de una injusta privación de la libertad, sino en todos los eventos en que se demuestre, con fuerza de convicción, la existencia de una manifiesta equivocación”⁽³¹⁾.

Cuando se pretende la declaratoria de responsabilidad del Estado fuera de los casos previstos en el art. 414 del C. de P.P., en algunas ocasiones la jurisprudencia de la sección sostuvo que se exigía “una decisión abiertamente ilegal”⁽³²⁾, “actuaciones u omisiones escandalosamente injurídicas” o el comportamiento “ostensible y manifiestamente errado del juez”⁽³³⁾, todo lo cual ponía de manifiesto una interpretación restrictiva frente a la admisión por la ley de la responsabilidad del Estado derivada de la actividad judicial.

B) La ley estatutaria de la administración de justicia

La ley 270 de 1996 o estatutaria de la administración de justicia también reguló la responsabilidad del Estado derivada de la actividad judicial, siguiendo de cerca lo dispuesto por la ley orgánica del poder

(31) Sección Tercera, sentencia del 15 de septiembre de 1994, proceso No. 9391.

(32) Sección Tercera, sentencia del 17 de noviembre de 1995, proceso No. 10.056.

(33) Sección Tercera, sentencia del 1 de octubre de 1992, proceso No. 7058.

judicial en España, aunque allí tales previsiones son propias de la ley ordinaria y no de la ley orgánica⁽³⁴⁾.

En esta ley se regulan tres supuestos de responsabilidad por la actividad judicial: el error jurisdiccional, la privación injusta de la libertad y el funcionamiento defectuoso de la administración de justicia. Examinaremos la posición de la jurisprudencia en relación con los dos primeros, ya que la responsabilidad del Estado por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia no ha sido objeto de discusión y se ha admitido en forma pacífica de tiempo atrás⁽³⁵⁾.

a) Error jurisdiccional

La sentencia C-037, del 5 de febrero de 1996, proferida por la Corte Constitucional en relación con el proyecto de ley estatutaria (hoy ley 270 de 1996) y en desarrollo del control automático de constitucionalidad que tienen tales proyectos (art. 153 inc. 2 Constitución Política), estableció significativas restricciones al alcance del error judicial tal como fue previsto en la ley.

En primer lugar sostuvo la Corte que

“la comisión del error jurisdiccional debe enmarcarse dentro de una actuación subjetiva, caprichosa, arbitraria y flagrantemente violatoria del debido proceso, que demuestre, sin ningún asomo de duda, que se ha desconocido el principio de que al juez le corresponde pronunciarse judicialmente de acuerdo con la naturaleza misma del proceso y las pruebas aportadas —según los criterios que establezca la ley, y no de conformidad con su propio arbitrio. En otras palabras, considera esta Corporación que el error jurisdiccional debe enmarcarse dentro de los mismos presupuestos que la jurisprudencia, a propósito de la revisión de las acciones de tutela, ha definido como una “vía de hecho””.

(34) Al respecto pueden verse los artículos 81 y 121 de la Constitución Española.

(35) La responsabilidad por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia no se ha puesto en duda por cuanto allí no existe el obstáculo de la cosa juzgada, cfr. León DUGUIT, *Las transformaciones del derecho público*, Buenos Aires, edit. Heliastira S.R.L., 1975, págs. 149 y ss. La sección tercera del Consejo de Estado Colombiano en sentencia del 10 de noviembre de 1967 (Expediente No. 867), señaló: “una cosa es la intangibilidad de la cosa juzgada, presupuesto fundamental de la sociedad y también dogma político, y otra cosa son ciertos actos que cumplen los jueces en orden de (sic) definir cada proceso, los que no requieren de más que de la prudencia administrativa. Por eso cuando con esos actos se causan daños, haciéndose patente como en el caso en estudio, el mal funcionamiento del servicio público, es ineludible que surja la responsabilidad...no es este el primer caso en que la Nación es condenada al pago de los perjuicios por hechos de esta naturaleza, provenientes una vez por (sic) la inseguridad en que se mantiene los despachos judiciales y otras por negligencia de sus empleados”.

Este criterio restrictivo que inicialmente había sido acogido por la Sección Tercera, fue rectificado con posterioridad en varias de sus decisiones. Así, en sentencia del 18 de septiembre de 1997, (expediente No. 12.686), se declaró la responsabilidad del Estado por error judicial sin aludir para nada a la conducta o comportamiento del juez, por el error judicial configurado en un proceso ejecutivo instaurado con fundamento en una sentencia de nulidad y restablecimiento del derecho proferida por la jurisdicción contencioso administrativa, en cuanto el juez laboral desconoció el mandato contenido en el inciso 5 del artículo 177 del C.C.A. que señala los intereses que se causan en relación con la sentencia condenatoria a partir de la ejecutoria, sujetando en forma equivocada su aplicación al transcurso de 18 meses que la misma norma establece para que estas condenas puedan ejecutarse ante la justicia ordinaria.

También en sentencia del 28 de enero de 1999 (expediente No. 14.399), la sección sostuvo que el error judicial

“debe analizarse desde una perspectiva objetiva, toda vez que se trata de un desarrolo de la cláusula general de responsabilidad contenida en el artículo 90, campo éste en el cual se prescinde del juicio de desvalor de la conducta, para centrar la atención en el daño antijurídico padecido por la víctima; a lo cual debe agregarse que el desarrollo legal contenido en el artículo 66 de la ley estatutaria de la administración de justicia de la noción de error judicial, también excluyó la consideración del aspecto subjetivo, como que tal error es el que se materializa en una providencia contraria a la ley, sin más exigencias.

Debe anotarse, igualmente, que el artículo 66 no introdujo el ingrediente normativo de providencia “manifiestamente contraria a la ley”, lo cual evidencia que la configuración del error a efectos de la responsabilidad directa del Estado, difiere sustancialmente del que reclama el régimen de responsabilidad personal del agente judicial.”

Otra limitación impuesta por la Corte Constitucional tiene que ver con la improcedencia del error judicial respecto de las decisiones de las altas corporaciones de justicia.

“Sobre el particular, entiende la Corte que la Constitución ha determinado un órgano límite o una autoridad máxima dentro de cada jurisdicción, así, para la jurisdicción constitucional se ha previsto la Corte Constitucional (art. 241 C.P.), para la ordinaria a la Corte Suprema de Justicia (Art. 234 C.P.), para la contencioso administrativa al Consejo de Estado (Art. 237 C.P.) y para la jurisdicción disciplinaria a la correspondiente sala del Consejo Superior de la Judicatura (Art. 257 C.P.). Dentro de las atribuciones que la carta le confiere a cada una de esas corporaciones, quizás la característica más

importante es que sus providencias, a través de las cuales se resuelve en última instancia el asunto bajo examen, unifican la jurisprudencia y definen los criterios jurídicos aplicables frente a casos similares. En otras palabras, dichas decisiones, una vez agotados todos los procedimientos y recursos que la ley contempla para cada proceso judicial, se tornan en autónomas, independientes, definitivas, determinantes y, además, se convierten en el último pronunciamiento dentro de la respectiva jurisdicción. Lo anterior, por lo demás, no obedece a razón distinta que la de garantizar la seguridad jurídica a los asociados mediante la certeza de que los procesos judiciales han llegado a su etapa final y no pueden ser revividos jurídicamente por cualquier otra autoridad de la rama judicial o de otra rama del poder público.”

La sección tercera, en sentencia del 4 de septiembre de 1997 (expediente No. 10285) desconoció esa restricción y declaró la responsabilidad de la Nación por un error judicial atribuible a la sala jurisdiccional disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Allí se dijo:

“Si así se entendiera el error judicial como la «actuación subjetiva, caprichosa, arbitraria y flagrantemente violatoria del debido proceso» que obedece a las motivaciones internas del juez que actúa sin fundamento objetivo y razonable, se estaría desconociendo la fuente constitucional de la responsabilidad del Estado consagrada en el artículo 90 de la Carta, según el cual éste debe indemnizar todo daño antijurídico que ocasione, con prescindencia de la eventual falta personal del agente que lo causa.

Precisamente como desarrollo legal de la disposición constitucional, el artículo 66 de la Ley 270 de 1996 define el error judicial como el «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», sin incluir como ingrediente de la definición la culpabilidad del funcionario que lo realiza.

Que la responsabilidad patrimonial del Estado sea de origen constitucional, de una parte, y que el artículo 90 no excluya a ninguna autoridad pública como agente del daño, de otra, permite derivar importantes consecuencias frente al pronunciamiento de la Corte Constitucional en cuanto, desbordando el texto fundamental, le suprimiría el derecho a la indemnización a todas las víctimas de hechos imputables a los magistrados de las altas corporaciones de justicia.

En efecto: el inciso 1º del artículo 90 de la Carta dispone que «el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas», calidad que, según la propia Corte Constitucional, ostentan los magistrados de las altas corporaciones de justicia «en

cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado»⁽³⁶⁾ y, por lo tanto, los daños antijurídicos que ocasionen no están excluidos de la fuente constitucional de responsabilidad estatal prevista en esta norma.

Repárese, además, en la argumentación que la Corte ofrece en el último párrafo de la sentencia que se reprodujo en el numeral 1 de este capítulo, cuando a propósito de la defensa de la acción de tutela admite que se puedan revisar las providencias proferidas por cualquier autoridad judicial siempre que se advierta la existencia de una vía de hecho, lo cual puede hacerse según la Corte: 1) porque se trata de una facultad de origen constitucional; 2) porque no implica la resolución de fondo del conflicto jurídico y 3) porque no se enmarca dentro del análisis de la responsabilidad patrimonial del Estado.

También la determinación de la responsabilidad patrimonial del Estado, como se vio, es una facultad que deriva directamente de la Constitución Política; declarar la existencia del error judicial tampoco implica la interferencia del juez contencioso administrativo en las decisiones judiciales, como que la providencia que contiene el error conserva la intangibilidad de cosa juzgada; y no es cierto que la concesión de la tutela no pueda eventualmente tener consecuencias patrimoniales, por cuanto (así) lo sostuvo la misma Corte Constitucional al declarar la exequibilidad del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991....⁽³⁷⁾

b) Privación injusta de la libertad

El artículo 68 de la ley estatutaria de la administración de justicia se limita a señalar que “quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios”.

Ni la ley, ni la Corte Constitucional en su sentencia C-037 de 1996 despejan el interrogante que suscita la regulación de este punto en una ley estatutaria, frente a los supuestos tasados de detención injusta que trae el artículo 414 del C. de P.P. Lógicamente habría que suponer que al declarar la exequibilidad de las previsiones de la ley estatutaria sobre la materia, es porque el asunto debe hacer parte de una ley de esa índole [art. 152 literal b) Constitución Política] y por consiguiente, habría quedado insubsistente el citado artículo 414⁽³⁸⁾.

(36) Sentencia T-501 de 21 de agosto de 1992

(37) Sentencia C-543 de 1 de octubre 1 de 1992.

(38) Cabe precisar que el proyecto de ley No. 42 de 1998, presentado por el fiscal general de la Nación y que reforma el Código de Procedimiento Penal, elimina toda referencia a la responsabilidad del Estado. Cfr. *Gaceta del Congreso* No. 141. 6 de agosto de 1998.

Cabe preguntar, así se entienda derogada esta previsión, si la jurisprudencia de la sección tercera no debería mantener los tres supuestos previstos en el artículo 414 del C. de P.P. como eventos de responsabilidad automática del Estado por detención injusta?

No menos afortunado fue el condicionamiento establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996 para que se configure la privación injusta de la libertad y por ende, se pueda formular un juicio de responsabilidad en contra del Estado:

“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”.

Dos reparos nos merecen las razones aducidas por la Corte para exigir que la privación de la libertad que pueda comprometer la responsabilidad del Estado tenga que ser “abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales”:

La primera es que desconoce en forma flagrante que la Constitución Política presume la buena fe de los particulares, en todas las actuaciones que estos adelanten ante las autoridades públicas dentro de las cuales, obviamente, estarían las autoridades judiciales (art. 83).

En segundo lugar, la Carta Política le confía a la Corte la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, “en los estrictos y precisos términos” que señala el art. 241, dentro de los cuales no se encuentra propiamente el de ser guardián de los caudales públicos.

A este respecto, conviene recordar lo que decía SOURDAT en 1872, hace más de cien años y que a mi juicio define correctamente el problema:

“No es admisible invocar el peligro del Tesoro público; este peligro no es real. Si las decisiones de los tribunales que declaran responsable a la Administración son tan numerosas que suponen una seria amenaza para el Tesoro público, significa que existe algo anormal en el funcionamiento de los servicios públicos. Contra esta anomalía no hay nada más que un remedio: obligar a la Administración, mediante una aplicación justa y severa por parte de los jueces de los

principios de responsabilidad, a escoger mejor a sus funcionarios y a obligarles a respetar las leyes y el interés público⁽³⁹⁾.

También en este punto la jurisprudencia de la sección tercera del Consejo de Estado se ha distanciado de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y declaró la responsabilidad por privación injusta de la libertad en un proceso penal en el que se absolvió a una persona privada de la libertad, con fundamento en el principio *in dubio pro reo*, sin hacer consideraciones de ninguna índole sobre la conducta subjetiva del juez que ordenó la privación de la libertad.

Así, en sentencia del 18 de septiembre de 1997, (expediente No. 11.754) señaló:

“La responsabilidad patrimonial del Estado se encuentra acreditada, con la prueba del daño, para el caso, privación de la libertad del demandante, y de la causalidad, circunstancia que se infiere de la prueba allegada, toda vez que el demandante estuvo a órdenes de los jueces penales que lo investigaron por virtud de los cuales se le privó de la libertad.

Bastan éstos dos elementos estructurales para configurar la responsabilidad a la luz de las exigencias del art. 414 del C.P.P., pues téngase presente que, acreditada como está, La absolución del sindicado mediante sentencia en firme, operaría sin más razonamientos, el derecho a la reparación, pues así lo dispone claramente la parte final del mencionado dispositivo legal.”

V. RESUMEN Y CONCLUSIONES

1º.- El daño antijurídico es un concepto genérico en el cual se engloban todos los supuestos que permiten declarar la responsabilidad del Estado (contractual y extracontractual) y en el que a su vez, se incluyen los diferentes criterios de imputación del daño particulares elaborados en su larga evolución por la jurisprudencia del Consejo de Estado (falla del servicio, presunción de falla del servicio, presunción de responsabilidad en actividades riesgosas y peligrosas, daño especial, etc.).

(39) Citado por Luis MARTÍN REBOLLO, “Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad de las administraciones públicas”, en *Estudios sobre la constitución española, Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, edit. Civitas, 1991, T. III, pág. 2824.

En el mismo sentido Gerges VEDEL, para quien “el papel del juez es pronunciar el derecho y no procurar economías al Estado”. Citado por Avelino BLASCO ESTEVE en la *Responsabilidad de la administración*. Madrid, Edit. Civitas, 1985. pág. 145.

En este orden de ideas, la responsabilidad del Estado se desliga de criterios subjetivos como el dolo y la culpa, los cuales solo juegan al momento de definir la responsabilidad personal del funcionario (art. 90 inc. 2 Constitución Política, art. 77 C.C.A., art. 54 Ley 80 de 1993).

2º.- La jurisprudencia reiterada de la sección tercera del Consejo de Estado considera que en relación con los daños derivados de la prestación de los servicios médicos asistenciales se presume la falla del servicio, la cual puede desvirtuarse por la entidad demandada con la prueba de la diligencia y cuidado (ausencia de falla en el servicio) o la existencia de un elemento extraño que rompa el nexo de causalidad (hecho exclusivo de un tercero, culpa exclusiva de la víctima, fuerza mayor).

Por el contrario, en relación con actividades peligrosas o riesgosas (utilización de armas de fuego, conducción de vehículos automotores y redes de energía) la prueba de la diligencia y cuidado no exonera de responsabilidad. Solo cabe por tanto alegar y probar la existencia de un elemento extraño.

3º.- La jurisprudencia de la sección tercera del Consejo de Estado se ha distanciado de los criterios restrictivos señalados por la

Corte Constitucional para la procedencia de responsabilidad del Estado por actividad judicial, en cuanto para la configuración del error judicial o la privación injusta de la libertad no examina la conducta subjetiva del agente causante del daño. También el Consejo de Estado a diferencia de la Corte constitucional ha encontrado precedente declarar la responsabilidad del Estado por las diferentes actuaciones de la altas Cortes.

En estas condiciones, el principio de la irresponsabilidad del Estado por la actividad judicial en Colombiano que no estaba escrito en ninguna parte y que conducía a soluciones que chocaban con el buen sentido y con la equidad, hoy en día es sólo un recuerdo histórico.

4º.- Por último, si, como lo expresara el profesor RIVERO, la posibilidad para los ciudadanos de obtener reparación de los daños imputables a la potestad pública es una pieza esencial del estado liberal, y “más allá de su valor práctico, toda teoría de la responsabilidad refleja una cierta forma de civilización⁽⁴⁰⁾”, en Colombia esto ha sido posible, en una buena medida, gracias a la paciente labor jurisprudencial del Consejo de Estado como garante a lo largo de su historia de los derechos del ciudadano frente al Estado.

(40) *Op. cit.*, pág. 291.