

LA RESPONSABILIDAD POR LOS ACTOS PROCESALES

Por : Daniel M. Patiño Mariaca

Abogado Universidad Pontificia Bolivariana
Profesor de Metodología de la Investigación

No basta para asegurar el orden jurídico y el respeto a los derechos fundamentales, establecer en favor de las partes recursos que les permitan controvertir las sentencias ilegales; porque puede suceder que tal ilegalidad perdure aun después de que se hayan decidido los recursos; entonces, la pregunta que nos debemos formular es la siguiente ¿Qué puede hacer la parte frente a una sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada, pero que en sí misma lleva el vicio de ilegalidad o inconstitucionalidad?

El artículo 6 del Código Civil establece que la sanción legal no es sólo la pena sino también la recompensa: es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la transgresión de sus prohibiciones. En el inciso segundo se dispone que en materia civil, son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Lo cual significa que la nulidad es una sanción que se aplica a los actos que la ley prohíbe, pero además que esa sanción no es única, porque la propia ley puede imponer otra sanción diferente a los actos que violan sus prescripciones.

En este orden de ideas, el artículo 2341 del Código Civil establece que el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley le imponga por la culpa o delito cometido. El texto antecitado denota que cuando una persona con su conducta causa un daño a otro, la sanción que la ley civil establece es la indemnización de perjuicios, que como antecedente requiere la existencia de una conducta que sea tipificable dentro de los regímenes de responsabilidad y la existencia de un nexo causal entre el daño y la conducta.

De esta forma podemos deducir que la nulidad y la responsabilidad se identifican en tanto ellas son sanciones que la ley civil establece al incumplimiento de sus mandatos. Sin embargo estas nociones se sitúan en planos diferentes, así la responsabilidad es el resultado de una suma de condiciones (conducta típica, nexo causal y daño) mientras que la nulidad se refiere al acto mismo en relación con la regla de derecho de superior jerarquía y de la cual se puede predicar su no conformidad.

I. EL INCUMPLIMIENTO DE LA LEY EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD

Se torna indispensable precisar en qué consiste el incumplimiento de la ley en materia de responsabilidad.

Una de las fuentes de las obligaciones es la conducta ilícita, o en términos del artículo 1494, el hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona.

Por regla general, siempre cuando el hombre causa un daño a otro o a sus bienes, es porque necesariamente se ha producido un comportamiento mediato o inmediato que antecede en el tiempo al resultado, y que tiene la característica de ser ilícita.

La conducta ilícita, a que nos venimos refiriendo, no es únicamente aquella que es formalmente ilegal, pues la simple circunstancia de que un comportamiento se encuentre adecuado a derecho no impide la posibilidad de que ella sea ilícita; es suficiente que sea un comportamiento socialmente reprochable, un error de conducta, e incluso, basta con que sea una conducta injusta.¹

I.1 INCUMPLIMIENTO DE LA LEY EN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

De esta forma, la conducta ilícita puede consistir en el incumplimiento de las obligaciones contenidas en un contrato, caso en el cual estaremos frente a la responsabilidad contractual, en esta, la violación a la ley, se hace en una forma que podríamos calificar de indirecta, ya que ésta le ha otorgado al contrato una fuerza vinculante para las partes que implica que cualquier transgresión a las obligaciones consignadas en aquel significan una violación a ella misma.

¹. Cours de Droit Civil Les Obligations, Philippe Malaurie y Laurent Aynes, Editions Cujas. Manual de Obligaciones, Jesús Vallejo Mejía, edt. Biblit. Dike.

1.2 INCUMPLIMIENTO DE LA LEY EN LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

Ahora, cuando se presenta incumplimiento a los deberes generales de no hacer daño a otro, campo de la responsabilidad extracontractual; el incumplimiento de la ley opera cuando el juez dicta sentencia, en la cual define cual ha sido la conducta que en ese caso concreto transgredió el deber. Los deberes en materia de las personas naturales están establecidos por términos vagos e imprecisos en el código civil, v. gr., comportarse como buen padre de familia o la diligencia que un hombre juicioso emplea en sus negocios importantes.

Por eso, mientras la obligación establecida en el contrato impone al deudor la realización de una acción u omisión previamente definida, los deberes se refieren a conductas abstractas, que solamente se logran definir al momento del fallo.

1.3 LA RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURIDICA

Las actividades de las personas jurídicas de derecho público o privado son ejercidas por hombres, pero esos hombres no se identifican con las personas jurídicas. Las personas jurídicas pues, expresan su voluntad a través de personas físicas que las integran, pues carecen de voluntad propia y real. Estas personas físicas constituyen los órganos. Por esto podemos decir, que la conducta de las personas morales de derecho público o privado descansa sobre categorías distintas a las de las personas naturales.

En las conductas de las personas jurídicas es posible hacer una distinción entre aquellas que tienen por fin la producción de actos jurídicos y las actividades materiales que realizan.

1.3.1 CONDUCTAS CUYA FINALIDAD ES LA PRODUCCION DE ACTOS JURIDICOS

Cuando se trata de actividades dirigidas a la producción de actos jurídicos, ellas se encuentran gobernadas por el principio de articulación, según el cual se deben tomar en cuenta dos momentos: por un lado, el de la formación interna de la decisión que se configura mediante el agotamiento de un procedimiento donde pueden participar diversos órganos con competencias delimi-

tadas que conforman la persona jurídica; y por el otro, el de la expresión de la decisión.

El legislador consciente de la ocurrencia de este principio ha consagrado en el Código Contencioso Administrativo la presencia de los actos de trámite o preparatorios, los cuales, a diferencia de los actos definitivos, no expresan en concreto la voluntad de la administración, simplemente constituyen el conjunto de actuaciones intermedias que preceden a la formación de la decisión administrativa que se plasma en el acto que pone fin a la actuación administrativa, decidiendo el fondo del asunto. Es de anotarse que la mayor o menor participación de diferentes órganos, es directamente proporcional a la mayor o menor centralización de sus funciones.

Es importante anotar que gracias a este principio es posible establecer diferencias entre la expresión de la voluntad de las personas naturales y la de las morales, toda vez, que la voluntad en sentido psicológico, propia de las primeras, adquiere relevancia desde que se manifiesta en el mundo exterior; en cambio cuando la voluntad procede de las segundas, se deben tomar en cuenta los dos momentos a que hacíamos referencia.

1.3.2 CONDUCTAS MATERIALES

Ahora, cuando se trata de la actividad material, ella se desarrolla a través del accionar de individuos que son el soporte de los órganos que la conforman, y, cualquiera sea la jerarquía, de sus actos se puede predicar que fueron ejecutados por la misma persona jurídica.

En términos generales, podemos decir que si el ordenamiento jurídico le da trascendencia a que las personas jurídicas actúen a través de individuos estableciendo una identidad entre la voluntad de ésta con la de aquellos, por un lado; y le da relevancia al procedimiento para la producción de actos jurídicos, por el otro; ha de entenderse que esto es aplicable tanto en el campo de lo lícito como de lo ilícito.

Entonces cuando de una conducta dirigida a la producción de actos jurídicos podemos predicar su ilicitud, la sanción que el ordenamiento jurídico consagra, en el caso de las personas jurídicas de derecho privado puede ser de dos tipos: por una parte, la nulidad e ineficacia tratándose de actos de las asambleas o juntas de socios que no se ajusten a las prescripciones legales o a los estatutos; por la otra, la indemnización de perjuicios cuando un acto de

la asamblea o junta de socios cause un daño a un tercero. Así mismo, en el campo del derecho público, la responsabilidad de la administración se puede ver comprometida por los actos administrativos o por las conductas u omisiones que causen daño al administrado.

2. LA SENTENCIA QUE INFRINGE NORMAS SUPERIORES

Entrando en el tema que nos ocupa, debemos retomar una idea que habíamos expresado antes y que concierne a las relaciones de identidad que existen entre la nulidad y la responsabilidad, en tanto ellas las consideramos como sanciones establecidas a las conductas que incumplen las normas superiores a las cuales se deben sujetar. Nos preguntamos ¿cuál es la sanción que el ordenamiento jurídico establece para una sentencia ilegal o inconstitucional?

Siguiendo a Guasp,² la sentencia es un acto que contiene la voluntad del juez, que por ende ha de considerarse como voluntad del Estado. Acto jurídico que hace tránsito a cosa juzgada, que impide discutir en un nuevo proceso lo ya decidido, y que debe satisfacer las condiciones impuestas por los otros actos jurídicos que le preceden, esto es, la Constitución y la ley. Estos últimos, consagran la aptitud que tiene un órgano, jurisdicción, para que sus actos tengan los efectos normativos previstos.

Ahora bien, cuando la sentencia incumple los mandatos establecidos en el acto jurídico que lo antecede, el carácter de la sanción hay que buscarlo en primer término en ese mismo acto.

2.1 LA INFRACCION DE LA CONSTITUCION

La Constitución como norma fundamental consagra que cuando los actos del Congreso o del Ejecutivo incumplan sus mandatos serán sanciona-

². GUASP, Jaime. Derecho Procesal Civil, Tomo 1, Edt. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, España, 1968.

dos mediante la correspondiente inconstitucionalidad o nulidad. Así mismo, establece la obligación del Estado de indemnizar cuando a una infracción de la Constitución, por parte de alguna autoridad pública, se siga la producción de un daño.

Sin embargo, la Constitución guardó silencio con respecto a la sanción que era procedente en los casos de actos violatorios de la misma por los actos producidos por el órgano jurisdiccional.

2.1.2 LA ACCION DE TUTELA

Una de las Salas de Revisión de la Corte Constitucional creyó encontrar en el artículo 40 del Decreto 2.591 de 1991, la tutela contra sentencias, el medio idóneo para cuestionar la constitucionalidad del acto procesal que por excelencia pone fin al proceso; empero, esta posibilidad se vio truncada con la sentencia de octubre 1ro. de 1992 de la Sala Plena de la misma Corporación que declaró la inconstitucionalidad del referido artículo 40.

De otro lado, en posteriores fallos de revisión, la corte Constitucional admitió que la acción de tutela es procedente contra decisiones judiciales cuando se vulnere o amenace un derecho fundamental mediante una vía de hecho.³

La corte distingue entre providencias judiciales y vías de hecho, diciendo que las primeras son invulnerables a la acción de tutela en cuanto corresponden al ejercicio autónomo de la decisión judicial y respecto de las cuales existen, dentro del respectivo proceso, los medios de defensa judiciales establecidos por el ordenamiento jurídico. Mientras que las segundas son apariencias de providencias judiciales, pues quien debería administrar justicia vulnera derechos fundamentales de las personas en tanto la decisión que toma carece de fundamento objetivo, obedece a la sola voluntad del agente o capricho.

³. C. Cons. Sentencia T-368 de 1993. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Sentencia T-173 de 1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Sentencia T-799 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y Sentencia T-231 del 31 de mayo de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Ahora, el criterio para evaluar qué conductas tienen fundamento objetivo en el ordenamiento jurídico y cuáles no, es finalista y deontológico. Las autoridades públicas están al servicio de la comunidad y en el cumplimiento de sus funciones deben ser conscientes de que los fines esenciales del estado son, entre otros, servir a la comunidad y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes de la comunidad.⁴

2.1.2 LA RESPONSABILIDAD

Otra sanción que la Constitución establece para las sentencias que infrinjan sus mandatos es la indemnización de perjuicios, siempre y cuando se presente un daño y un nexo causal entre éste y la conducta. En efecto, el artículo 90 al consagrar que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. Debemos entender que allí no solamente se está haciendo referencia a la administración, sino que la frase «autoridad pública» comprende tanto a las ramas legislativa y judicial como también los otros órganos autónomos e independientes que existen para el cumplimiento de las demás funciones del Estado, al tenor del artículo 113 de la Carta.

2.2 LA INFRACCION DE LA LEY

Nos toca ahora analizar si en la ley como acto jurídico antecedente encontramos alguna sanción para la sentencia ilegal. Es preciso anotar, siguiendo a Alvarado Velloso,⁵ que la nulidad que se pueda predicar de un acto procesal debe reunir los siguientes supuestos previos: que esté prevista en la ley específicamente la nulidad como sanción y que el acto ocasione un perjuicio a alguna de las partes. Así nuestra ley procesal en el artículo 140 establece las circunstancias que se pueden invocar como sancionables con la nulidad de los actos

⁴. C. Cons. S. Segunda de Revisión, sentencia de febrero 26 de 1993, T-799. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵. ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Presupuestos de la Nulidad Procesal, en revista Temas Procesales Nro. 5.

procesales del juez, los cuales atañen a vicios en el procedimiento y no al juicio⁶.

Además, resulta oportuno advertir que la nulidad como sanción de los actos procesales, no es gobernada por las normas que regulan la nulidad civil, lo cual trae como corolario que no se pueda predicar que ella es la regla general. Esto, por cuanto, los efectos retroactivos propios de la nulidad serían un castigo demasiado severo, en tanto, proliferarían los procesos inconclusos acabando con el valor seguridad jurídica, por lo cual sólo se puede llegar a ella por disposición expresa.

En primer lugar convengamos sobre el alcance del tema tratado para evitar confusiones, advirtiendo que nos referimos a los vicios de nulidad en que haya incurrido el juzgador al dictar la sentencia, y no a los ocurridos con antelación a su pronunciamiento, puesto que en este evento existen en el proceso las oportunidades para discutirlos.

Debemos distinguir entre los fallos que pongan fin al proceso y aquellos que no. Respecto a los últimos, tenemos por un lado, el proceso ejecutivo donde la parte agraviada debe alegar la nulidad como incidente dentro de la etapa posterior que ordena seguir adelante la ejecución, a menos que la sentencia sea desestimatoria de las pretensiones de la demanda; por el otro las sentencias a las cuales les son procedentes los recursos como el de apelación o casación la nulidad debe proponerse en estos recursos. En cuanto a los primeros, esto es, cuando la decisión ponga fin al proceso, caso en el cual ya no proceda recurso alguno, de acuerdo con el último inciso del artículo 142 de C. de P. C., la nulidad podrá alegarse durante la diligencia de que tratan los artículos 337 a 339 del mismo Código, o como excepción en el proceso que adelanta para la ejecución de la sentencia, o mediante el recurso de revisión, si no se alegó por las partes en las anteriores ocasiones. Cabe llamar la atención sobre el hecho de que, el recurso extraordinario de revisión está excluido en los procesos de mínima cuantía, o en un verbal sumario, cuyo conocimiento está atribuido a jueces municipales, pues en tales casos no existe este recurso, sino que en ellos, queda restringida la posibilidad a la ejecución del

⁶. SOTO GOMEZ, Jaime, En Torno a la Nulidad en los Procesos Civiles y Afines, en Revista Temas Procesales, Nro. 3.

fallo, sea en la diligencia de entrega, o en el ejecutivo posterior, quedando la posibilidad del recurso de revisión para los otros procesos de única instancia, en virtud de que no todas las veces la única instancia tiene origen en la mínima cuantía.⁷

El artículo 380 del Código de Procedimiento Civil establece en el numeral octavo que, si en la sentencia que pone fin al proceso y que no era susceptible de recurso existe algún vicio de nulidad, ésta será impugnada mediante el recurso extraordinario de revisión. Sobre el particular ha dicho la Corte Suprema:

«Dentro del señalamiento específico de las causales de revisión de la sentencias, consagra la ley como tal. (Existir nulidad en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso) (art.380, núm. 8 del C. de P. C.)... Se trata, entonces, como se desprende de la causal transcrita, de un vicio de nulidad en que haya incurrido al dictarse la sentencia, y no con antelación a su pronunciamiento, puesto que en este último evento existen en el proceso las oportunidades para alegarlas. Y se ha sostenido por la doctrina que se incurre en la nulidad de que trata la mencionada causal, por ejemplo, cuando se profiere sentencia en proceso que había terminado por desistimiento, transacción o perención, o cuando se pronuncia estando suspendido el proceso, o cuando en el fallo se condena a quien no ha figurado como parte, o cuando se adopta por un número inferior de magistrados al previsto por la ley, etc».⁸

Entonces, la ley consagra la nulidad como sanción en los casos que ella expresamente lo prevé, los cuales, como anotábamos, atienden a vicios en el procedimiento. Sin embargo, cuando el vicio de ilegalidad corresponde al juicio del Juez, la ley guardó silencio; y el problema de qué hacer frente a una sentencia que infrinja la ley y ella misma no establezca la sanción queda sin resolver. En nuestro concepto debemos acudir a otra, que considero debe ser la responsabilidad, en tanto, estimemos la ilegalidad como una infracción indirecta del artículo 230 de la Carta, y además aparezcan los elementos cons-

⁷. CANOSA TORRADO, Fernando. Las Nulidades en el Derecho Procesal Civil. Edit. Librería Doctrina y Ley. Santa Fe de Bogotá, 1era. edición, 1992. Pág 20 y siguientes.

⁸. Sentencia del 23 de junio de 1986, publicada en Extractos de Jurisprudencia, Tomo I, Primer Semestre de 1990 por la Superintendencia de Notariado y Registro.

titutivos de esta, el daño, la conducta ilícita y el nexo causal. Responsabilidad del Estado, en tanto la sentencia como expresión de la jurisdicción como órgano, es la misma expresión de la persona jurídica llamada Estado.

3. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LOS ACTOS PROCESALES

La responsabilidad del Estado por los actos procesales, y más concretamente, por las sentencias plantea varios problemas, como el que se refiere a la jurisdicción competente, a la separación entre las funciones administrativas y las judiciales por parte del órgano jurisdiccional y la distinción entre la responsabilidad del Juez y del Estado.

3.1 LA JURISDICCION COMPETENTE

La jurisdicción competente para conocer este específico caso de responsabilidad del Estado es la ordinaria.

El artículo 82 del C.C.A dispone que la jurisdicción contencioso administrativa está instituida para juzgar las controversias originadas en actos y hechos administrativos y las controversias originadas en actos y hechos administrativos de las entidades públicas y de las privadas cuando cumplan la función administrativa.

Entonces, ¿qué son entonces actos y hechos administrativos de las entidades publicas? Las conductas y las abstenciones, que tengan su causa en el ejercicio de la función administrativa o que nazcan o resulten con ocasión de su ejercicio.

Entendemos por función administrativa como aquella actividad estatal que tiene por objeto la realización de los cometidos estatales en cuanto requieren ejecución práctica⁹. Se distingue de las otras funciones que cumple el Estado tales como la legislativa y jurisdiccional, en tanto estas tienen un

⁹. SAYAGUES LASO, Tratado de derecho administrativo.

contenido claramente definido, mientras que aquella es de carácter heterogéneo. Así, de la legislativa se puede predicar que tiene como nota característica el establecimiento de normas jurídicas de carácter general. La jurisdiccional se ocupa de resolver los conflictos mediante la aplicación de la regla jurídica pertinente a través de decisiones que hacen tránsito a cosa juzgada.

De lo anterior, se desprende que cuando el daño que origina la pretensión indemnizatoria tiene por causa un acto judicial o legal, la jurisdicción competente no es la contenciosa, sino la civil, y tal afirmación tiene por respaldo legal, el artículo 12 del Código de Procedimiento civil que consagra la cláusula general de competencia a favor de esta jurisdicción civil.¹⁰

3.2 SEPARACION ENTRE LAS FUNCIONES ADMINISTRATIVAS Y LAS JUDICIALES POR PARTE DEL ORGANO JURISDICCIONAL

El segundo problema consiste en separar dentro de las actividades que cumple la jurisdicción aquellas que podemos considerar como administrativas de las judiciales. Si bien es cierto, toda la actuación de la jurisdicción está fundamentalmente encaminada a la producción de actos que produzcan verdad de cosa juzgada, no es menos cierto que también se encuentran actos que se dirigen a procurar el funcionamiento interno del órgano, así como la ejecución de las sentencias. En cuanto a las primeras no cabe ninguna duda que son actos judiciales, en cambio los segundos, que serían por ejemplo, el nombramiento de un funcionario o las decisiones que atañen al cumplimiento en una penitenciaría de la sentencia penal, son actos administrativos.

Así pues, estamos frente a actos que producidos por el mismo órgano tienen jurisdicción distinta, ya que los unos en tanto configuradores de la cosa juzgada, son del resorte de la jurisdicción ordinaria, mientras que los de ejecución pertenecen a la administrativa.¹¹

¹⁰ Tribunal Administrativo de Antioquia, Auto del 19 de mayo de 1989, magistrado ponente Jorge octavio Ramírez

¹¹. Sobre este aspecto puede consultarse la Sentencia de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Antioquia de septiembre 4 de 1992, Magistrado: Ricardo Hoyos Duque, Dte: María Dioselina Raigoza y otros, Rad: 26.303

3.3 LA RESPONSABILIDAD DEL JUEZ

Finalmente, el fenómeno, por llamarlo de alguna manera, que estamos tratando, hay que distinguirlo conceptualmente de la responsabilidad de que habla el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil, el cual establece la obligación de los jueces y magistrados de indemnizar los perjuicios que causen a las partes cuando procedan con dolo, fraude o abuso de autoridad; cuando omitan o retarden injustificadamente una providencia o el correspondiente proyecto y cuando obren con error inexcusable, salvo que hubiese podido evitarse el perjuicio con el empleo de recurso que la parte dejó de interponer.

Hay que distinguirlo porque lo que venimos tratando es de la hipótesis donde el órgano jurisdiccional causa un daño, recordemos, el principio de la articulación que habíamos hecho referencia más atrás. Hablamos pues de la responsabilidad «anónima» del Estado, pues no interesa determinar si fue el juez Primero Civil del Circuito quien actuó con dolo o culpa, sólo nos interesa saber que por el hecho de proferir una sentencia la persona jurídica, con capacidad para hacerlo, en la cual participaron diferentes sujetos con competencias delimitadas que la conforman, es contrario a las normas superiores que la gobiernan y que además se ha causado un daño. Es en suma la responsabilidad del Estado por el acto procesal.

4. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

La constitución de 1991 consagró expresamente en el artículo 90 la responsabilidad patrimonial del Estado, cuyo fundamento lo había encontrado la Jurisprudencia nacional en el artículo 16.

El artículo 90 establece:

«El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.»

En los antecedentes de esta disposición consagrados en la Gaceta constitucional encontramos:

«Por otra parte conviene señalar que el régimen que se propone en materia de responsabilidad patrimonial del Estado no se limita a su mera consa-

gración 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", 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 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 un título jurídico válido y que exceda el conjunto de 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.

Tal como se ha redactado el artículo, cabe perfectamente la posibilidad, hacia la cual claramente está inclinado el derecho moderno, de extender el régimen de la responsabilidad patrimonial del estado a aquella que se deriva de los yerros de la administración de justicia y eventualmente en un futuro, también a la responsabilidad que pueda derivarse de la función legislativa. La instauración de una y otra quedaría en manos de la ley y la jurisprudencia.

Finalmente, he estimado de suma utilidad acoger dos planteamientos contenidos en algunos de los proyectos: el de que, para proteger a las víctimas, se les permita demandar indistintamente al Estado o a la autoridad pública involucrada; y el de que, para proteger el patrimonio público y combatir la indolencia personal del grueso de los funcionarios públicos, se le imponga al Estado el deber de repetir contra el funcionario culpable por las sumas por las que aquel hubiese sido condenado»¹²

¹². Gaceta constitucional No. 56. abril 22 de 1991. Informe ponencia. Mecanismos de protección del orden jurídico y de los particulares. Ponente Juan Carlos Esguerra Portocarrero.

El Consejo de estado, en sentencia de octubre 31 de 1991, con ponencia de Julio César Uribe, dijo que la perspectiva jurídica consagrada en el artículo 90 de la Carta era el de la "lesión", esto es, el daño antijurídico. Sin embargo como la Constitución no definía el concepto de daño antijurídico era preciso indagar su alcance.

«Y es la doctrina española la que precisa en todo su universo. Para Leguina: «..un daño será antijurídico cuando la víctima del mismo no esté obligada por imperativo explícito del ordenamiento a soportar la lesión de un interés patrimonial garantizado por la norma jurídica». (cita de J. M de la Cúetara. La actividad de la Administración. Tecnos)»

«Dentro del anterior perfil, la responsabilidad se torna OBJETIVA,..»

Por todo lo anterior en el derecho colombiano, un sector muy importante de la doctrina llegó a sostener que el artículo 90 de la Carta había objetivizado la responsabilidad eliminando totalmente la responsabilidad con culpa o falta¹³.

No obstante, el Consejo de Estado en varias sentencias ha recogido la doctrina expuesta en el fallo antecitado y ha dicho que la falla o culpa del servicio sigue siendo el régimen general de imputación de responsabilidad.

En sentencia de marzo 2 de 1992, con ponencia de Carlos Betancur Jaramillo, la Sección Tercera del Consejo de Estado dijo que:

«No es del todo exacto que luego de la expedición de la carta de 1991 la responsabilidad estatal se volvió objetiva y que 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»

Más adelante agrega:

«En síntesis, la nueva constitución, a pesar de su amplitud en materia de responsabilidad, no la hizo exclusivamente objetiva ni borró del ordenamien-

¹³. Gaceta Constitucional, Nro 56, abril 22 de 1991, Informe Ponencia. Mecanismos de protección del orden jurídico y de los particulares. Ponente: Juan Carlos Esguerra. Nestor Raúl Correa, La responsabilidad patrimonial en el estatuto general de contratación de la administración pública.

to la responsabilidad por falla en el servicio, ni por cualquiera otra fuente de las aceptadas por el derecho administrativo. Las nociones de imputabilidad y de daño antijurídico así lo dan a entender.»

En sentencia de julio 13 de 1993, con Ponencia de Juan de Dios Montes Hernández, esta corporación, siguiendo la misma orientación que la anterior decisión, sostuvo:

«...la responsabilidad patrimonial extracontractual de la administración pese a la tendencia objetivizante que se aprecia en el artículo 90 de la Constitución continúa siendo, por regla general de naturaleza subjetiva.

«Existe la tentación inicial de interpretar la mencionada disposición como consagratoria de la responsabilidad objetiva del Estado; la paulatina decantación de la jurisprudencia de la Sala conduce, sin embargo, a concluir, por una parte, que esta norma, de rango constitucional, es el tronco en el que encuentra fundamento toda la responsabilidad patrimonial del Estado, trátase de responsabilidad contractual o de la extracontractual; y, por la otra, en cuanto a esta última se refiere, que son dos los elementos basilares que la comprometen: el daño antijurídico y la imputabilidad del mismo al Estado.»

«Del daño antijurídico ha dicho la Sala en varias providencias cuyo apoyo se ha buscado en la doctrina y en la jurisprudencia españolas, que equivale a la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en la obligación de soportar; de esta manera, se ha desplazado la antijuridicidad de la causa del daño al daño mismo, constituyendo un elemento estructural del daño indemnizable y objetivamente comprobable. Quizás sea esta la característica que ha inclinado a pensar que ha ocurrido un tránsito, por imperio constitucional de una responsabilidad de tipo subjetivo a otro objetivo. Esta conclusión no corresponde a la realidad.

«La ilicitud o antijuridicidad del daño están ínsitos en el daño mismo sin referencia alguna a la licitud o ilicitud de su causa; en otros términos el daño antijurídico puede ser efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esta doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva.

«Uno y otro régimen adquieren puntos de distinción en cuanto tiene que ver con la imputación del daño, que como se dijo, es el segundo elemento indispensable para que la responsabilidad de la administración sea declarada;

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

Continúa el Consejo de Estado diciendo que:

«...queda en claro que, para imponer al Estado la obligación de reparar un daño, es menester que además de constatar la antijuridicidad del mismo, el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un "título jurídico" distinto a la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, "la imputatio juris", además de la "imputatio facti".

Luego anota:

«Con esta orientación, es lógico concluir que la falla del servicio ha sido, en nuestro derecho, y continúa siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al juez administrativo le compete - por principio - una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final de un incumplimiento de una obligación administrativa a su cargo, no hay duda que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual.

«Sin perjuicio, claro está, de que, por razones jurídicas o por motivos de equidad, existan otros títulos de imputación excepcionales que determinan las diversas clases de responsabilidad sin falla, por ejemplo el desequilibrio ante la igualdad de las cargas públicas.

«En este panorama se puede observar, como ya se dijo, cierta tendencia objetivizante, en cuanto al tratamiento del daño indemnizable se refiere del artículo 90 de la Constitución, y el mantenimiento de la falla del servicio como principal título de imputación del daño al Estado y, por lo tanto, la conservación de la regla general de la responsabilidad subjetiva»

La extensión de la anterior cita se imponía, toda vez, que resultaba importante resaltar que la discusión generada en materia de responsabilidad del Estado, ha sido superada, y que el artículo 90 no hizo nada más que consagrar en la Carta de manera expresa la responsabilidad patrimonial, sin afiliarlo a ninguna teoría particular.

5. RELACIONES ENTRE LA CULPA Y LA INFRACCION DE LAS NORMAS SUPERIORES QUE RIGEN LA ACTIVIDAD ESTATAL

Preferimos utilizar la palabra culpa en vez de falta o falla, por cuanto éstas crean en nuestro sentir una gran confusión para cualquiera que desee emprender el estudio o una investigación sobre la responsabilidad estatal, en tanto, la utilización de estas palabras ajenas a las empleadas por el derecho de la responsabilidad en general y sobre las cuales el hombre tiene un conocimiento intuitivo (dado que todos sabemos o por lo menos tenemos una idea de lo que significan las palabras culpa, daño o reparación), crean una aversión en la persona que comienza a estudiar la responsabilidad de la administración debido a que el estudio de la responsabilidad se torna en algo esotérico y complejo. Situación contraria es la que se presenta en el estudio de la responsabilidad civil o penal pues desde este punto de vista ella parece de fácil comprensión, toda vez que adoptan las palabras del uso común para explicar el objeto de su estudio.

Para nosotros la culpa del derecho público, siguiendo a Eissemann,¹⁴ consiste en la imprudencia, la impericia o la negligencia en la que incurre una persona física - órgano - que le impiden comportarse en la forma como lo debía hacer, esto es, incumpliendo las reglas o normas que determinan los deberes a su cargo y que gobiernan su actuar.

La mayoría de veces es fácil la constatación de la infracción porque basta con comparar la conducta de la autoridad pública con la Constitución, las leyes o los reglamentos que regulan su actividad, pero en casos, - al igual que el derecho civil en lo tocante con las personas naturales - la definición sobre si determinados comportamientos implican el incumplimiento de sus mandatos corresponde al juez en la sentencia; son las situaciones cuando se juzgan comportamientos profesionales donde entran en juego las reglas propias de cada especialidad, las reglas del arte.

Hacemos énfasis en que la culpa es un comportamiento negligente, imperito o imprudente de una persona física; porque los hombres somos los únicos que tenemos capacidad para comportarnos en forma negligente,

¹⁴. EISSEMAN, Chaim. Cours de Droit administratif, Edt. L.G.D.J.

imperita o imprudente e incurrir, por actuar así, en una conducta con culpa o falta. Porque pensar que la culpa es «anónima» u objetiva tal como lo sostiene la doctrina tradicional es entender la persona jurídica como un ser real, compuesto por órganos totalmente autónomos de los individuos que lo conforman. Es que la persona jurídica de derecho público o privado, como lo dejamos expuesto, si bien es cierto, es diferente de los individuos que la componen no es menos cierto que es la expresión de voluntad de aquellos en ejercicio de sus funciones la que forma su voluntad.

Esto se debe a que si miramos la génesis de la culpa o falta del Estado verificaremos que éste tiene fundamento en el comportamiento del funcionario, que no es importante en el proceso donde se debate la responsabilidad, identificarlo ni hacer un juicio moral sobre su comportamiento, ello, no quiere decir que no exista.

Lo anterior, a todas luces, se opone al concepto de culpa o falta anónima y objetiva tradicional, concebido como el mal funcionamiento, la deficiente prestación o la no prestación de los servicios públicos o en la deficiente prestación de los mismos, no entrando en juego la culpa del funcionario porque ella es orgánica, funcional, en una palabra anónima, que entre otras cosas no compartimos por ser una noción meramente descriptiva y confundir las cuestiones de prueba con la cuestión esencial que atañe a la constitución de la culpa o falta.

6. LA INFRACCION DE LAS NORMAS SUPERIORES COMO PRESUPUESTO DE LA CULPA

De todo esto resaltamos que mientras los deberes en el derecho civil para las personas naturales están expresados en términos vagos e imprecisos, los deberes de las personas jurídicas están consignados en normas jurídicas plenamente identificables, las cuales en el derecho público tienen el carácter de leyes. Lo cual significa que entre el comportamiento culposo de la persona pública y el incumplimiento de la ley -ilegalidad- existe un vínculo muy estrecho, que se torna más evidente refiriéndose a las conductas que tienen por fin la producción de actos jurídicos.

La pregunta obvia que surge todavía es la siguiente ¿cuál será la relación que existe entre la infracción de las normas superiores y la culpa? sobre este punto poco se ha ocupado la doctrina.

En nuestro concepto la relación que se presenta entre una y otra indiciaria, esto es, la infracción a la Constitución o a la ley por una sentencia, es un indicio que denota negligencia, imprudencia o impericia, esto es un actuar culpable de la autoridad pública; todo porque, en principio, no se concibe una actuación por parte de la jurisdicción contraria a derecho. Este indicio de culpabilidad acompañado de otras pruebas, puede desvirtuar la presunción de legalidad con que el legislador ha protegido este acto procesal.

CONCLUSIONES

1. Que la nulidad y la responsabilidad son sanciones establecidas para castigar los incumplimientos a los mandatos de la Constitución o la ley.
2. Que la nulidad es una sanción de interpretación estricta, queriendo decir con ello, que en virtud de sus efectos, los cuales son perjudiciales para la seguridad jurídica, la misma ley es quien debe establecerla. No hay sanción sin ley anterior que la establezca.
3. Que la sentencia es un acto jurídico producido por el Estado a través del juez, que se encuentra dentro de la cadena normativa por lo cual debe respetar los criterios establecidos en los actos jurídicos que le preceden.
4. Cuando de una sentencia se pueda predicar su inconstitucionalidad o ilegalidad, la sanción que corresponde, a excepción de los vicios de procedimiento, será la responsabilidad si concurren en su ayuda los demás elementos, el daño y el nexo causal entre la conducta (infracción a las normas superiores - culpa) y éste.
5. Toda infracción a la Constitución o a la ley por una sentencia entraña un indicio que en cada caso concreto deberá el juez analizar junto con otras pruebas y previa valoración de las «reglas del arte» para determinar si la presunción de legalidad de la sentencia se ha desvirtuado.