

*** RESPONSABILIDAD DEL
ESTADO POR TORTURAS**

**** Néstor Raúl Correa Henao**

- * Comentario de la jurisprudencia del Consejo de Estado del 6 de diciembre de 1988.
- ** Abogado U.P.B. - Máster en Derecho Administrativo, en Derecho Internacional y en Derecho Público en la Universidad de París-II Panthéon-Sorbonne. - Exprofesor de Derecho Público U.P.B. - Consultor de las Naciones Unidas.

INTRODUCCION

En el fallo del seis de diciembre de 1988, la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado Carlos Betancur Jaramillo, condenó a la Nación (Ministerio de Defensa), por responsabilidad civil extracontractual, a causa de las torturas y muerte propiciadas al Señor Jenaro Francisco Miranda Ramos.

En el marco de la responsabilidad del Estado en general, los hechos pueden ser inscritos de la siguiente manera: en primer lugar, los militares pueden intervenir sea en período de paz, sea en período de guerra. Aquí nos encontramos en el segundo caso. En segundo lugar, en tiempos de guerra, los militares pueden causar perjuicios tanto por actos calificados como "hechos de guerra", como por actos propios del servicio. Es en este último caso en el que se ubican los hechos que nos ocupan. Y en tercer lugar, entre los hechos del servicio, los militares pueden ejercer, de un lado, actos de policía administrativa -mantenimiento del orden-, o, de otro lado, actos de policía judicial -función represiva-. Las presentes pesquisas se encuentran en el segundo caso, en el que la naturaleza de la falta es separable de las funciones.

El fallo, entonces, puede ser enmarcado de la siguiente manera: se trata de responsabilidad del Estado por el hecho de las autoridades de

defensa, en tiempo de guerra, con ocasión de una actividad de policía judicial, separable de las funciones.

Desde el punto de vista político, se trata de un fallo de gran actualidad, que viene a airear un poco la ya casi asfixiante atmósfera de impunidad que vive el país.

Si bien existían algunos antecedentes jurisprudenciales en la materia, como el célebre caso de la Doctora Olga López -C.E., junio 27 de 1985-, este proceso contiene desarrollos originales que impulsan el progreso de una jurisprudencia protectora de los derechos humanos.

Los derechos humanos no dejar de ser, de todos modos, una especie extraña de inquietud académica en reducidos círculos intelectuales del país, pues en la realidad su desconocimiento es tan flagrante que la expresión carece de todo significado. No solamente se violan los derechos humanos cuando cada 17 minutos se mata a una persona en Colombia, sino también cuando entre esos 17 minutos se mueren de hambre pero en silencio varios colombianos. Más que tierra de mártires conocidos, Colombia es el país de los héroes anónimos.

Ahora bien, en el caso de marras, además de propiciarle la muerte, Jenaro Francisco Miranda Ramos había sido previamente torturado por el ejército. La tortura, según la Declaración de las Naciones Unidas de 1975, "designa todo acto por el cual un dolor o sufrimientos agudos, físicos o mentales, son deliberadamente inflingidos a una persona por agentes públicos o por su instigación, con los propósitos de obtener de ella o de un tercero informaciones o confesiones, de castigarla por un acto que ella a cometido o de intimidarla o intimidar a otras personas".

En Colombia la violencia en general no es privilegio exclusivo de un grupo o de una institución. Ella es un fenómeno de extraordinaria distribución democrática, pues ya prácticamente todo el país se volvió violento.

Sin embargo, la generalidad no justifica ni legitima su existencia. Del hecho de que todo el mundo mate o torture no se sigue que el homicidio o la tortura sean buenos.

Muy por el contrario, en los momentos aciagos es en donde más coraje se requiere para combatir situaciones que, como la que atraviesa Colombia, se toman intolerables. De aquí proviene precisamente el mérito de la jurisprudencia que nos ocupa. Frente a la escalada de atropellos por parte de los militares y de los grupos paramilitares se alza la voz del Honorable Consejo de Estado para administrar justicia en un caso concreto.

No fue menos meritoria y valerosa la labor del abogado de la parte actora, el Doctor Tarsicio Roldán Palacio, quien condujo el proceso con su ya conocida eficiencia e inteligencia.

Por último, el plan del presente artículo será el siguiente: en la primera parte se analizará la falla del servicio y en la segunda la falta personal. En ambos casos se hará un estudio comparado con el derecho administrativo francés.

PRIMERA PARTE

LA FALLA DEL SERVICIO

En esta primera parte se analizarán inicialmente las consideraciones de la jurisprudencia que nos ocupa; luego se procederá a hacer unos comentarios sobre la falta del servicio en la providencia y, por último, se estudiarán sus aportes y sus limitaciones.

A. LAS CONSIDERACIONES DEL FALLO

La Jurisprudencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, del día seis de diciembre de 1988, declaró a la Nación colombiana (Ministerio de Defensa), civilmente responsable de los perjuicios causados con ocasión de la tortura y muerte propiciadas al Señor Jenaro Francisco Miranda Ramos.

Los hechos que dieron lugar a la demanda por responsabilidad civil extracontractual del Estado fueron los siguientes, según las palabras de la fiscalía:

"El señor Jenaro Francisco Miranda Ramos fue capturado por el ejército después de una información en la que se le acusaba de pertenecer al EPL, fue conducido a la cárcel municipal, permaneció hasta el otro día en que fue trasladado a la base militar del Cerro -Cerro Matoso, cerca a Montelíbano, Departamento de Córdoba-, interrogado y además torturado. En la necropsia que se practicó a Miranda Ramos dice lo siguiente: "el deceso de quien en vida respondiera al nombre de Jenaro Francisco Miranda Ramos fue consecuencia natural y directa de paro cardíaco respiratorio, resultante de trauma y múltiples heridas ocasionadas con objeto contundente -corto-punzante-. Las heridas anteriores tuvieron efecto de naturaleza mortal, a saber, fracturas múltiples conminutas, lineales y bordes astillados, con pérdidas o ausencias de varios fragmentos óseos correspondientes a hemicara derecha: huesos de la órbita, mastoide, malar. En cráneo, fracturas múltiples en frontal, ambos parietales, además fracturas conminuta occipital: ausencia de tejido muscular, desgarre, pérdida de sustancia, tejidos blandos correspondientes a hemira superior derecha y hemicráneo derecho: pérdida o ausencia de aproximadamente 50% de la masa encefálica en avanzado estado de necrosis deliriofacción, además laceración y desgarros de estructuras encefalocraneanas".

"Los militares -continúa el Ministerio Público-, cuando ocurrió el deceso, justificaron el hecho diciendo que había tratado de escapar y que por eso le habían disparado, pero de acuerdo con la necropsia, la muerte ocurrió por golpes y no de un balazo".

Estos sucesos, entonces, propiciaron la demanda ante el Contencioso por parte de los familiares de la víctima, apoderados por el Doctor Tarsicio Roldán Palacio.

En primera instancia, el a-quo sostuvo que la Nación era responsable de los perjuicios generados con estos hechos y, en consecuencia, condenó civilmente a la Nación. Además, el Tribunal Administrativo de Córdoba obtuvo copia del proceso penal que se le adelantó al soldado Gil Blas Chaverra Santos por la muerte de Miranda Ramos.

Recurrida la decisión por las partes, el proceso pasó al Consejo de Estado.

Allí, el señor Fiscal 8o. de la Corporación solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, con la sola revocatoria de la parte que negaba condenar también a la Nación por los perjuicios materiales, como lo solicitaba el apoderado de la actora.

El señor apoderado del Ministerio de Defensa, por su parte, solicitó revocar íntegramente la sentencia y, consecuencialmente, pidió absolver a la Nación con base en las siguientes razones: "a) la víctima era subversivo; b) la víctima trató de huír, razón por la cual, al desobedecimiento de las voces de alto, se le dió muerte en acción legítima del Estado; y c) ninguno de los testigos presenciaron los hechos y por lo tanto no les consta nada".

El Doctor Roldán Palacio, en su calidad de apoderado de los demandantes, glosó así mismo la sentencia en la parte que lo desfavorecía, esto es, en el desconocimiento de los perjuicios materiales, en la no condena a la Nación por pago de agencias en derecho y en la limitación de la condena por perjuicios morales en 750 gramos oro.

Por último el Consejo de Estado dicta sentencia con ponencia del Magistrado Carlos Betancur Jaramillo. La providencia confirma la condena a la Nación por falla en el servicio, que hiciere el Tribunal en primera instancia, pero en la liquidación de los perjuicios introduce algunas modificaciones, a saber: aumenta a mil gramos oro la condena de los perjuicios morales, introduce la condena por los perjuicios materiales, fija las bases para liquidar ambas condenas y, por último, rechaza de nuevo la condena a la Nación por concepto de agencias en derecho.

Bien merece citarse in extenso los argumentos de fondo de la sentencia:

"La falla del servicio en el presente proceso es elocuente. Parece que le bastó a la autoridad la simple información de una mujer, que no dio razón de su dicho, en el sentido de que el señor Miranda era guerrillero, para desatar toda la brutalidad contra su humanidad, y para negarle todos los derechos de defensa que sin excepción alguna le concede la Constitución a todos los residentes en el país.

"Ha dicho esta sala que todo detenido merece respeto en su integridad moral y física. Ninguna sindicación delictual por mostruosa que sea (y aquí era una simple "información no constatada"), autoriza la tortura o la pena de muerte. Este proceso y otros que se han estudiado por la Corporación parecen dar a entender que el artículo 29 de la Carta, que en forma declamatoria prohíbe la pena capital, fuera una simple declaración retórica.

"Se dice, sin prueba alguna, que el señor Miranda era guerrillero. Pues bien, aceptando que lo fuera (sic), ya estaba detenido, se le podía juzgar y aplicar la pena correspondiente. Por qué no se hizo así? De dónde surgió el "derecho" a torturarlo?

"La autoridad no puede salirse de los cauces trazados por la Constitución y la ley. Su fuerza moral está en este respeto. Y ese respeto es lo que la distingue de la delincuencia, 11 meses ésta eufemísticamente "guerrilla" por los medios de comunicación o política (sic).

"El país observa aterrorizado, con silencio que aturde, cómo a la barbarie enloquecida de las bandas de fascinosos armados responde la fuerza del orden, cada vez con mayor frecuencia, con igual moneda. Y se aterra porque esa conducta "revanchista" le mina la legitimidad que no puede perder y que tan arduamente ganó. No puede olvidarse que sólo en la medida en que se mantenga dentro del marco trazado por la Constitución y la ley mantendrá su autoridad moral.

"La falla del servicio aquí es de antología".

"Frente al detenido la autoridad militar tenía una obligación de resultado: respetar su vida, su integridad personal y psíquica.

"No es un caso de depósito necesario, figura desafortunadamente utilizada por la sala en asunto similar fallado hace algunos años. No; es sólo el cumplimiento de un deber legal. Toda autoridad militar o de policía en su misión de reprimir la delincuencia debe capturar a las personas cuando sobre ellas pesa alguna sindicación. No nace con esa aprehensión una relación contractual para mantenerlo con vida. Es una obligación legal, ligada a las garantías constitucionales mismas.

"El análisis del tribunal sobre la falla del servicio merece acatamiento y consideración..."

B. LA FALTA DEL SERVICIO EN EL FALLO MIRANDA

El fallo Miranda versa, como se anotó en la introducción, sobre la responsabilidad del Estado por falla del servicio de las autoridades militares, con ocasión de una actividad de policía.

Antes de emprender el estudio jurídico, es necesario poner de manifiesto las desafortunadas opiniones de orden ideológico del Consejo de Estado en general y del Magistrado ponente en particular. Más allá de la posición política concreta, que en un Estado demo-liberal debe en todo caso ser respetada y tolerada - virtudes que no parece tener el Consejo de Estado-, el hecho de utilizar un espacio de naturaleza jurisdiccional, independiente del poder político desde Montesquieu hasta nuestros días, para referirse a los guerrilleros en los términos de "barbarie enloquecida de las bandas de fascinerosos armados...", no deja de ser censurable. En efecto, es grave, muy grave esta afirmación del Consejo de Estado, que pone de manifiesto su lamentable propensión a defender a las instituciones antes que a las personas ofendidas por aquellas, la cual, por supuesto, se traduce en el conjunto de sus protectoras sentencias del patrimonio público en desmedro de la reparación a los particulares.

Dejando de lado las consideraciones de orden político, estas líneas se concentrarán en el aspecto jurídico. En este sentido se analizará, en un primer momento, la falta cometida en servicio ordenado y, a continuación, la responsabilidad en las actividades de policía. En ambas partes se estará confrontando el fallo con la jurisprudencia francesa.

1. La falta cometida en servicio ordenado

En la vida militar, el deber de obediencia respecto de las órdenes impartidas por un superior, impone a los militares la obligación de cumplir las acciones prescritas, acciones en las cuales se puede cometer una falta.

Al interior de las faltas cometidas en "servicio ordenado" (1), pueden presentarse dos nociones diferentes de falta o falla: la falta "no separable de las funciones" y la falta cometida en servicio. La diferencia estriba en

el hecho de que la primera de estas nociones hace referencia a una falta que ha sido cometida por un militar en el ejercicio de su misión, mientras que la segunda noción consiste en una falta que se separa de la función del militar.

Se dejará de lado la primera de estas hipótesis, vale decir, la falta "no separable de las funciones", porque ella excede los alcances del fallo Miranda. En efecto, la jurisprudencia que nos ocupa recae sobre un caso de tortura y homicidio acaecidos en el transcurso de una detención e investigación judicial. Ahora bien, tanto la tortura como el homicidio, es apenas obvio, no ser nunca considerados como hechos que hacen parte de un servicio público, al menos en los Estados llamados "de derecho". En este sentido, el Consejo de Estado se pregunta "de dónde surgió el derecho a torturarlo...? La autoridad no puede salirse de los cauces trazados por la Constitución y la Ley".

Así delimitado, el fallo Miranda es un caso de responsabilidad del poder público por una falta separable, cometida en servicio ordenado.

En caso de falta separable de las funciones, el militar podría ser demandado directamente por la víctima.

Pero, en todo caso, la responsabilidad personal no impide comprometer también la responsabilidad del Estado por falla del servicio. En Francia, el Consejo de Estado ha reconocido efectivamente que si el autor del perjuicio puede ser declarado responsable, "esta circunstancia no priva a la víctima del derecho de obtener del Estado, responsable del funcionamiento del servicio público comprometido, la reparación del perjuicio sufrido" (2). Por su parte, el fallo Miranda no dice nada sobre la falta personal pero desprende la responsabilidad del Estado directamente de la conducta de los militares.

Ahora bien, por qué se puede imputar al Estado las faltas cometidas por los militares? La respuesta a esta pregunta consiste en el hecho de que la falta "cometida en servicio -anota Becet-, implica la falta del servicio porque el superior jerárquico debe asumir la completa responsabilidad de la orden impartida. El nexo, constituido por la orden, entre el militar y el servicio, basta para convertir a éste en responsable de todas las consecuencias perjudiciales de las actividades militares en el lugar y

en el tiempo del servicio" (3). El Consejo de Estado se limitó en la sentencia a recordar que el Sargento Valencia "comandante de la base militar de Montelíbano", confirmó la versión del soldado Chaverra.

A pesar de la omisión del Consejo de Estado, que prueba sus mediocres conocimientos en la materia, la cita de Becet arroja luz al caso sub-júdice. En efecto, basta con entender que, en primer lugar, los militares que torturaron y mataron al señor Miranda Ramos se encontraban en el lugar y en el momento de su servicio cuando acaecieron los hechos. En segundo lugar, la tortura y el homicidio no pueden obviamente hacer parte de las funciones del servicio que presta el ejército. Y en tercer lugar, cometidos en servicio, la tortura y el homicidio implican un funcionamiento defectuoso del servicio y compromete la responsabilidad del Estado.

2. La responsabilidad en las actividades de policía

El ejército puede actuar tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra. El régimen de la responsabilidad no es el mismo para las dos situaciones. Aquí se dejará de lado los perjuicios que los servicios militares pueden ocasionar en tiempos de paz. Ello porque este artículo trata de los atentados a la libertad individual y a la vida, causados por los militares en el ejercicio de los poderes exorbitantes establecidos por la declaratoria del estado de sitio.

El estado de sitio se encuentra regulado en el artículo 121 de la Constitución, que reza: "En caso de guerra exterior o de conmoción interior podrá el Presidente, con la firma de todos sus ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella..." Esta institución es, al sentir de Gicquel y Hauriou, "utilizada en caso de peligro inminente, resultante de una guerra exterior o de una insurrección a mano armada. Ella tiene por efectos principales acrecentar los poderes de policía y dar competencias a los tribunales militares sobre la población civil para todo aquello que concierna el mantenimiento del orden" (4).

Empero, durante el estado de sitio, las autoridades de defensa pueden realizar dos tipos de actos diferentes: o bien ellas llevan a cabo una

operación militar, o bien ellas se ubican fuera del dominio de la guerra para acometer una simple función del servicio.

Aquí se dejará de lado los perjuicios sufridos durante la conducta de las autoridades de defensa con ocasión de las operaciones militares. Entre otras cosas, el juez administrativo francés ha elaborado la noción de "hecho de guerra" para los actos conexos con las operaciones de guerra. En este sentido, el principio establecido es el de la irresponsabilidad del poder público. Valga la pena anotar que la justicia Contenciosa en Colombia es tan recelosa para condenar a las entidades públicas que pareciere en ocasiones que el antidemocrático principio de la irresponsabilidad del poder público reinare aún en el país. Volviendo al caso de marras, el fallo Miranda no se ubica, sin embargo, en este campo. La realización de una investigación judicial, por brutal que ella fuese, no puede de todas formas ser considerada como parte de una operación militar *stricto sensu*.

La jurisprudencia Miranda se localiza, pues, en el dominio de la segunda misión confiada a los militares en tiempos de guerra: el mantenimiento del orden.

Nuevamente es preciso hacer aquí una distinción, distinción que es clásica: hay que diferenciar las actividades de policía judicial.

Como anota Pisier-Kouchner-, "el criterio de distinción entre la policía administrativa y la policía judicial es a menudo malentendido: el principio es que la policía judicial tiene por objetivo la investigación y el arresto de los autores de infracciones, con el fin de entregarlos a la justicia; ella tiene, pues, un carácter represivo. La policía administrativa, en la medida en que tiene como objetivo el mantenimiento del orden público independientemente de la represión de las infracciones, tiene un carácter preventivo" (5). Es, pues, por su fin, que ellas se distinguen. Sin embargo, esta diferenciación, que tiene un enorme alcance en Francia, en el sentido de que de ella depende por ejemplo la delimitación de competencias de las diversas jurisdicciones, no tiene en Colombia sino un interés teórico para la doctrina y ningún interés para los jueces administrativos todos. Pues bien, el fallo Miranda se inscribiría en Francia en el marco de una actividad de policía judicial. En este sentido el derecho francés ha conocido dos épocas: entre 1952 y 1970 hubo un período

jurisprudencial, en el que sobresalen los fallos *Giry* (1952), *Baud* (1961) e *Issastier* (1967); y desde 1970 reina un período legislativo, merced a la ley del 17 de julio de 1970, que confiere una indemnización por las detenciones provisionales "abusivas", cuando ellas causen un perjuicio manifiestamente anormal y de una particular gravedad. Una norma como esta, inútil recordarlo, sería muy beneficiosa para el país.

Con todo, en Colombia como en Francia, la falta de la policía debe ser una falta calificada. En efecto, la falta del servicio en general comporta una graduación. En principio, es suficiente la presencia de una falta simple para comprometer la responsabilidad del Estado. Pero para ciertos servicios, particularmente difíciles, como el de policía, la exigencia de una falta grave constituye la regla general. Ahora bien, más allá de las discusiones tendientes a trazar la frontera entre la falta simple y la falta grave, basta con constatar que en el fallo *Miranda* era necesaria la existencia de una falta grave, incluso si el Consejo de Estado, haciendo una vez más alarde de su desconocimiento en la materia, no hizo referencia al asunto. Sin embargo, no es preciso ser un especialista para concluir que la tortura y el homicidio constituyen faltas graves, muy graves.

C. APORTES Y LIMITACIONES DEL FALLO

I. Aportes

En primer lugar, en lo que a aportes concierne, el fallo *Miranda* es un fallo importante; él puede ser considerado como un "fallo de principio". La jurisprudencia administrativa avanza en la aspiración democrática de proteger a las personas contra los atropellos de la autoridad pública. El fundamento para esta afirmación es el siguiente: de un lado, el Consejo de Estado confirma y ratifica su valiente posición frente a la práctica de la tortura por parte de los militares, posición que ya había sostenido en otros fallos, como en el tristemente célebre caso de la *Doctora Olga López* -sentencia del 27 de junio de 1985-. Y de otro lado, y sobre todo, el fallo *Miranda* trae un saludable aporte nuevo, consistente en el abandono de la teoría del depósito necesario de personas, para proclamar la teoría de la obligación de resultado.

Antes, en efecto, la jurisprudencia sostenía que cuando una persona se encontraba en poder de las autoridades, éstas tenían respecto a aquella

el conjunto de obligaciones que tiene el depositario de un depósito necesario. Se trataba de una inadecuada transposición de figuras, que si bien constituía un avance respecto del principio de la irresponsabilidad del poder público, es lo cierto que sus alcances eran limitados para proteger los derechos de las personas.

Viene entonces el fallo Miranda a redefinir la naturaleza jurídica del compromiso que adquiere el Estado cuando retiene a una persona, al sostener que: "frente al detenido la autoridad militar tenía una obligación de resultado..."

Los alcances de esta afirmación son extraordinarios. En lo sucesivo, toda persona que se encuentre capturada, detenida o condenada, esto es, que se encuentre privada de la libertad por disposición de una autoridad de la República, y que sea lesionado, violada o matada tanto por las propias autoridades como por un tercero, tendrá derecho, ella o sus familiares, a demandar al Estado por responsabilidad civil extracontractual.

Por ejemplo, todas aquellas peleas que tienen lugar en las cárceles, que redundan en lesiones y homicidios, pasarán a comprometer la responsabilidad patrimonial del poder público, pues como el Estado tiene una obligación de resultado, debe devolver los retenidos en las mismas condiciones en que los recibió.

El fallo debió ir más lejos y completar el principio que estableció, precisando las causas de exoneración del poder público. Ante su silencio es pertinente suponer que si tomó prestado el concepto de la obligación de resultado del derecho civil, las causales para exonerarse deben ser en principio las mismas que las que este derecho contempla, es decir, únicamente la causa extraña: fuerza mayor, culpa de la víctima o de un tercero.

Sin embargo, la culpa de un tercero no debería exonerar al Estado, pues en un calabozo o en una prisión precisamente el deber de vigilancia por parte de las autoridades debe permitir, dentro del estado natural y evidente de las cosas, evitar que un retenido ocasione un perjuicio a otro. En este caso el poder público debe ser de todas formas responsable, pues la falla del servicio consistiría en la falta en la vigilancia. Aristóteles

anotaba que la esencia de una cosa es aquello que hace que la cosa sea lo que es, y no otra cosa. Pues bien, la esencia de un penal es precisamente vigilar, y mal haría el poder público en intentar eximirse argumentando el desconocimiento de la esencia de su misión de servicio público.

Así las cosas, las únicas causales de exoneración de la responsabilidad del Estado deberían ser la fuerza mayor y la culpa de la víctima.

2. Limitaciones

En segundo lugar, desde el punto de vista de las limitaciones, es preciso destacar la negativa sistemática del Consejo de Estado a condenar a la Nación en agencias en derecho, pues ello equivaldría a condenar en costas, lo cual está prohibido por el artículo 392, numeral primero, del código de procedimiento civil. Si bien no le faltan al Consejo de Estado argumentos jurídicos para seguir sosteniendo esta posición, es un hecho que la situación es injusta. En efecto, la Nación continúa gozando de una prerrogativa que no tienen los particulares, quienes, cuando son vencidos en juicio, deben soportar las costas del proceso.

Esta prerrogativa no tiene razón de ser, por dos motivos, a saber: En primer lugar, ella no es el equivalente de alguna responsabilidad especial o más difícil o delicada, como ocurre con otros poderes exorbitantes del poder público. En otras palabras, la esencia de una prerrogativa es dotar al Estado de un instrumento especial para compensar sus muy pesadas tareas, no compartidas por los particulares. Pero aquí se trata sólo de la subsistencia por inercia -y testadurez- de una figura que desnaturaliza la noción de prerrogativa.

El segundo argumento apunta a la equidad. Los particulares que van a un proceso, ciertamente, deben normalmente pagar los honorarios de los abogados que los representen. Ahora bien, en los procesos de responsabilidad patrimonial del Estado, los apoderados suelen cobrar entre el 35% y el 40% del producido, por lo cual los particulares ven reducida en esta no despreciable proporción sus ingresos netos. Se trata en el fondo de una especie de tolerancia de expropiación por parte del Estado. El derecho deja de ser reparatorio e incluso compensatorio, amén de limitado, claro está. Ya es hora de que el Consejo de Estado ponga coto a esta situación, como lo ha venido sosteniendo en todos sus alegatos de

conclusión, desde años atrás, el Doctor Roldán Palacio, quien ya ha jalonado la jurisprudencia administrativa en varios puntos.

SEGUNDA PARTE

LA FALTA PERSONAL

Luego de haber analizado la falla del servicio, es pertinente ahora considerar la falta personal. Para esta empresa se dividirá el estudio en dos partes: la falta personal en Colombia y la falta personal en Francia.

A. LA FALTA PERSONAL EN COLOMBIA

El artículo 77 del Código Contencioso Administrativo dice que sin perjuicio de la responsabilidad de las personas morales de derecho público, "los funcionarios serán responsables de los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones".

Y el artículo 78 del mismo Código anota que si la demanda prospera "contra la entidad o contra ambos (el funcionario y ella) y se considera que el funcionario debe responder, en todo o en parte, la sentencia dispondrá que satisfaga los perjuicios la entidad. En este caso la entidad repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiere".

Como se desprende de estos dos artículos, en Colombia existe el fundamento normativo para incoar las acciones llamadas "recursorias" por el derecho francés. Su ausencia fáctica obedece a la inexplicable y reiterada omisión del Consejo de Estado para estimar jurisprudencialmente el porcentaje o la magnitud de la culpa de los funcionarios. En realidad las entidades de derecho público, tanto territoriales como por servicios, no repiten contra los funcionarios por la parte que ellas pagaron a causa de la falta personal, porque la jurisprudencia administrativa no se molesta en institucionalizar en el país la responsabilidad personal, no obstante que las normas lo autorizan.

La situación actual es, entonces, insuficiente e injusta. Insuficiente, porque solamente es sancionada la falla del servicio. Injusta, porque hay un desequilibrio total en lo que concierne al soporte de las cargas entre la entidad pública y el funcionario.

Ahora bien, es igualmente criticable el hecho de que el artículo 78 precitado establezca que la jurisdicción competente para conocer de una falta personal cuando sólo se demanda al funcionario sea la jurisdicción administrativa. En efecto, en esta hipótesis se enfrentarían dos particularidades, pues la falla del funcionario sería de tal naturaleza que desdibujaría la noción de servicio público y adquiriría la categoría de un acto privado.

B. LA FALTA PERSONAL EN FRANCIA

En Francia, la falta personal es definida, siguiendo a Riveró, como "aquella en la cual el agente responde personalmente, con su patrimonio, ante el juez civil, según las reglas del derecho privado" (6).

La falta personal fue admitida por primera vez en Francia en el célebre fallo Pelletier, del Tribunal de Conflictos, en 1873.

Este estudio de la falta personal en Francia será dividido en dos subcapítulos: la relación entre la falta personal y la falla del servicio, en primer lugar, y las acciones recursorias, en segundo lugar.

1. La relación entre la falta personal y la falla del servicio

En el dominio militar, afirma Becet, "la noción de disciplina informa toda la vida militar. En ella reside la definición del problema de la imputabilidad al servicio de los hechos de los agentes" (7). La disciplina militar juega un doble papel: de un lado ella comporta la obligación de obedecer por parte de los subordinados; de otro lado, ella implica, respecto de los superiores, el deber de hacer respetar la disciplina. He ahí la esencia del problema de las relaciones entre la falta personal del militar y la falla del servicio. La noción de disciplina, por su doble papel, permite efectivamente extender la noción de servicio, lo que constituye precisamente la originalidad de la jurisprudencia francesa en la materia.

La falta disciplinaria consiste en la violación del reglamento militar.

La falta disciplinaria puede ser ocasionada sea por el hecho de un subalterno -que desobedece el reglamento-, sea por el hecho de un superior -la falta en el ejercicio de la autoridad militar-.

Ahora bien, la falta disciplinaria del subalterno juega un papel diferente al de la falta del superior en la apreciación del perjuicio. En efecto, como anota Becet, "es siempre el acto del subalterno el que constituye la causa del perjuicio, y la falta del superior no interviene sino en forma secundaria, en tanto que falta en la vigilancia" (8).

Así las cosas, en Francia hay un desdoblamiento de la falta personal de los militares, en el sentido de que una falta de un militar compromete su responsabilidad civil y su patrimonio, conforme a las leyes ordinarias, pero la falta que analiza y tiene en cuenta el juez ya no es esa falta personal civil sino la falta contra la disciplina militar.

2. Las acciones recursorias

Las acciones recursorias, escribe Riveró, "tienen por objetivo, luego de que la víctima ha sido indemnizada, fijar definitivamente la parte contributiva del funcionario y de la persona pública en función de la parte que cada uno tenga en la comisión del perjuicio" (9).

En un principio la jurisprudencia francesa no le permitía a las entidades públicas repetir contra los funcionarios. El fallo Laruelle, en 1951, no obstante, revolucionó la materia, al introducir el principio contrario, vale decir, al permitir las acciones recursorias.

La base para liquidar los montos que deben ser soportados por cada funcionario o por la entidad es la noción de falta disciplinaria, como se anotó anteriormente.

En la práctica, empero, es poco frecuente que el Estado ejerza una acción de repetición contra un funcionario. Luego la diferencia teórica con respecto al sistema colombiano se ve atenuada en la práctica.

CONCLUSION

Desde el punto de vista jurídico, el fallo Miranda puede ser catalogado como un fallo de principio, es decir, como una jurisprudencia que sienta unos principios desconocidos hasta entonces, en la medida en que introduce el concepto de obligación de resultado para definir la naturaleza del compromiso que adquiere el Estado al privar de la libertad a una

persona. He ahí la enorme importancia del nuevo aporte del Consejo de Estado.

Además, el fallo Miranda ratifica la condena a los militares por violar los derechos humanos. Bebiendo en la refrescantes fuentes de la valentía, el Consejo de Estado logra que el poder detenga al poder.

Sin embargo, el fallo tiene sus limitaciones. La parte conceptual y específica de la responsabilidad del Estado por el hecho de las autoridades de defensa, con ocasión de una actividad de policía, es tratada en la sentencia con una increíble mediocridad, fruto de la más imperdonable ignorancia. Además, no se evoluciona jurisprudencialmente en tratándose de condenar en agencias en derecho a la Nación. Tampoco en el que la jurisprudencia nacional está en cero.

De otro lado, es destacable la extraordinaria labor del abogado de la parte actora, quien montó con destreza e ingenio toda la parte probatoria, en un tema en el que la prueba es por definición oculta o "desaparecida".

Finalmente no resta sino lamentar el inadecuado vocabulario de la Corporación para referirse a los guerrilleros. Tal vez éstos sean presuntos delincuentes políticos, pero en todo caso no son "bárbaros". Se encuentran mucho más carcanos a este calificativo aquellos que desataron estas pesquisas.

NOTAS

- (1) Término empleado por la jurisprudencia francesa para resaltar el carácter particular del "servicio" militar.
- (2) Cfr. Fallo Rapin, C.E., noviembre 9 de 1928.
- (3) Becet, Jean-Marie. "La Responsabilidad de l'Etat pour les dommages causés par l'armée aux particuliers", LGDJ, París, 1969, p. 195.
- (4) Gicquel et Hauriou. "Droit Constitutionnel et Institutions Politiques", Ed. Montchrestien, París, 1985, p. 815.

- (5) Pissier-Kouchner, Evelyne. "La Responsabilité de la Police", PUF, París, 1976, p. 37.
- (6) Riveró, Jean "Droit Administratif", Dalloz, París, 1983, p. 297.
- (7) Becet, op.cit. p. 173.
- (8) Idem, p. 181.
- (9) Riveró, op.cit., p. 301.