

**LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO JUEZ EN TORNO AL DERECHO DE LOS
CIUDADANOS A LA INDEMNIDAD**

Estudiante: Carolina Castilla Rojas

Director: Manuel Fernando Quinche Ramírez

Maestría en Derecho Administrativo

Universidad del Rosario

Abril de 2017

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	8
PRIMER CAPÍTULO. FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	
1. Fundamentos filosóficos de la responsabilidad del Estado	17
1.1. Clasificación de las aproximaciones teóricas.....	18
1.2. Las teorías económicas de la responsabilidad civil.....	20
1.3. Las teorías morales de la responsabilidad civil.....	22
1.3.1. Breve recuento de la teoría clásica sobre la justicia según Aristóteles	22
1.3.2. Principales vertientes y exponentes de las teorías de la justicia correctiva.....	24
1.3.3. Otras teorías basadas en la justicia.....	30
2. Fundamentos jurídico políticos de la responsabilidad civil del Estado en el Estado social y democrático de derecho	34
2.1.1. Antecedentes	35
2.1.2. Contenidos esenciales del Estado relativos a la responsabilidad estatal	41
2.1.3. Desarrollo constitucional de la responsabilidad del Estado	56
SEGUNDO CAPÍTULO. QUIÉN ES EL JUEZ EN EL ESTADO CONTEMPORÁNEO	
1. Reseña de los modelos de Estado Liberal, Constitucional y Neoconstitucional	63
1.1. Del Estado Liberal al Estado Constitucional	64
1.2. Del Estado Constitucional al Estado Neoconstitucional	67
2. Aspectos teóricos relevantes para develar la identidad del juez en el Estado contemporáneo	69
2.1. Las relaciones entre derecho y política, el realismo jurídico y la interpretación judicial	69
2.1.1. Las relaciones entre derecho y política	69
2.1.2. El realismo jurídico.....	70
2.1.3. Críticas a la interpretación judicial al amparo del neoconstitucionalismo y del realismo jurídico	71

2.2.	La administración de justicia, el juez como actor central de la organización jurídico política y el activismo judicial	74
2.2.1.	La función jurisdiccional	74
2.2.2.	La centralidad del juez y el activismo judicial	76
3.	Los jueces de cierre en Colombia según la materia que juzgan	78
3.1.	El juez ordinario.....	78
3.2.	El juez administrativo	83
3.2.1.	El Derecho administrativo y el juez.....	83
3.2.2.	Tensiones que se generan cuando el juez administrativo se comporta como tribunal constitucional	84
3.2.3.	Alcances de la Ley 1437 de 2011	86
3.3.	El juez constitucional	90
3.4.	Jueces internacionales con jurisdicción en Colombia.....	105
3.4.1.	Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	105
3.4.2.	Corte Internacional de Justicia	108
3.4.3.	Corte Penal Internacional.....	110
3.4.4.	Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones.....	112

TERCER CAPÍTULO. CÓMO RESPONDEN EL JUEZ Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1.	Elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado	118
1.1.1.	Los títulos de imputación.....	119
1.1.2.	El daño	123
1.1.2.2.	La reparación.....	131
2.	Escenarios de la responsabilidad del Estado por actuaciones de la administración pública	133
2.1.1.	Responsabilidad por los sucesos ocurridos en el marco del conflicto armado interno	134
2.1.2.	Responsabilidad por los daños ocasionados por la comisión de otro tipo de delitos por parte de las fuerzas militares.....	140

2.1.3.	Responsabilidad por los daños a los soldados voluntarios.....	141
2.1.4.	Responsabilidad por los daños a los conscriptos	142
2.1.5.	Responsabilidad por los daños a los reclusos	143
2.1.6.	Responsabilidad en el marco de juicios civiles policivos	144
2.1.7.	Responsabilidad por los daños ocasionados en el marco de un contrato	145
2.1.8.	Responsabilidad por daños causados a los adolescentes infractores de la ley penal bajo custodia del Estado	145
3.	Desarrollo legal y jurisprudencial de la responsabilidad del Estado por las actuaciones judiciales	146
3.1.	Antecedentes remotos	147
3.2.	Primera etapa (1886-1991).....	148
3.3.	Segunda etapa (1991-1996)	149
3.4.	Tercera etapa (1996-2008).....	153
3.4.1.	Error judicial	153
3.4.2.	Privación injusta de la libertad.....	160
3.4.3.	Defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.....	164
3.5.	Situación actual.....	166
3.5.1.	Error judicial y defectuoso funcionamiento de la administración de justicia	167
3.5.2.	Privación injusta de la libertad.....	180

CUARTO CAPÍTULO. DESAFÍOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LAS ACTUACIONES JUDICIALES

1.	¿Cuál es la perspectiva filosófica que subyace al desarrollo jurisprudencial de la responsabilidad del Estado?.....	185
2.	¿Por qué es importante que el Estado responda por las actuaciones del juez que ocasionen daños antijurídicos a los particulares? ¿Cuáles son las dificultades para hacer efectiva esta responsabilidad?.....	193
2.1.	Responsabilidad del Estado e identidad del juez en el Estado contemporáneo	193

2.2. Desafíos en el reconocimiento de la responsabilidad del Estado por las actuaciones de la administración de justicia	195
2.2.1. La intangibilidad de la cosa juzgada	195
2.2.2. La independencia judicial	197
2.2.3. La responsabilidad de los órganos de cierre de la jurisdicción	205
3. ¿Existen escenarios de responsabilidad del Estado juez distintos al error judicial, el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y la privación injusta de la libertad?	207
3.1. Responsabilidad por los laudos arbitrales	208
3.2. Responsabilidad por el cambio de línea jurisprudencial	217
CONCLUSIONES	226
BIBLIOGRAFÍA	232

INTRODUCCIÓN

En el Derecho Administrativo es tradicional el estudio de la responsabilidad del Estado y a pesar de que existen constantes discusiones respecto de cómo el ejercicio de las distintas funciones del poder público pueden comprometer la responsabilidad del Estado, no ha habido mucho interés investigativo reciente, ni suficiente desarrollo jurisprudencial sobre la responsabilidad por la actividad jurisdiccional, aunque este es un tema trascendental en un sistema jurídico político dentro el cual el juez es su actor principal y a pesar de que existen razones filosóficas y jurídico políticas de peso que propenden a su desarrollo y fortalecimiento.

Resulta pertinente adelantar un trabajo de investigación sobre la responsabilidad del Estado juez que enfatice en que la esencia de este instituto es la garantía de los derechos de los ciudadanos, especialmente a la indemnidad¹, entendido este como máxima expresión de una relación equilibrada entre justicia distributiva y justicia correctiva, de acuerdo con el cual deben evitarse y corregirse las interferencias negativas, o en otros términos la causación de daños, que afecten la vida de las personas, garantizándoles el ejercicio pleno de sus derechos, concibiendo el sistema de responsabilidad pública instituido en el artículo 90 de la Constitución Política como un mecanismo de protección de derechos, en concordancia con valores y principios constitucionales como la solidaridad, la libertad, la igualdad y la estructuración democrática del Estado.

Una vez dilucidadas las problemáticas estructurales del sistema que aumentan las posibilidades de que la administración de justicia le ocasione daños antijurídicos a los ciudadanos y habiendo llamado la atención sobre la importancia de lograr el pleno restablecimiento de todos los derechos conculcados en caso de que acontezca el daño, surge la propuesta de ampliar los mecanismos para hacer efectiva la responsabilidad extracontractual del Estado.

El problema de investigación consistente en determinar si los títulos tradicionales de imputación de responsabilidad del Estado por las actuaciones judiciales son idóneos y suficientes para garantizar el derecho a la indemnidad de los ciudadanos.

¹ El término *derecho a la indemnidad* es tomado de Diego M. Papayanis y su contenido es adaptado por la autora, conforme al desarrollo del texto.

Como contestación a lo anterior, pretende demostrarse que al centrar la atención en la prevención y reparación del daño antijurídico, el reconocimiento de la responsabilidad del Estado juez implica retomar la reflexión teórica al respecto, cuestionar el sistema de controles sobre el ejercicio del poder público, replantear la aproximación a los escenarios típicos de responsabilidad del Estado por la actividad judicial y abrir nuevos caminos para su reconocimiento.

A partir de esta problemática, se plantean las siguientes preguntas de investigación: (i) desde el punto de vista teórico, ¿El desarrollo jurisprudencial de la responsabilidad del Estado representa sus fundamentos teóricos de tipo filosófico, político y jurídico? (ii) ¿por qué es importante que, en el Estado contemporáneo, el Estado responda por las actuaciones del juez que ocasionen daños antijurídicos a los particulares? y ¿cuáles son las dificultades para hacer efectiva esta responsabilidad? y (iii) ¿existen escenarios de responsabilidad del Estado juez distintos al error judicial, el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y la privación injusta de la libertad?

El objetivo general de este trabajo consiste en demostrar que el desarrollo de la responsabilidad del Estado por la actividad judicial en el ordenamiento jurídico colombiano debe ser replanteada, puesto que confrontada con la responsabilidad por la actividad administrativa, no es coherente con las teorías de la justicia que le subyacen, no garantiza el derecho a la reparación de los ciudadanos y no responde a la concepción contemporánea del juez dentro del Estado social de Derecho.

Se desprenden como objetivos específicos de la investigación los siguientes: (i) determinar cuáles son los fundamentos teóricos de la responsabilidad del Estado con base en los cuales debería desarrollarse la responsabilidad del Estado juez; (ii) problematizar acerca de la identidad del juez en el Estado contemporáneo; (iii) confrontar el desarrollo de la responsabilidad del Estado por las actuaciones administrativas y judiciales en las sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado, reseñando su evolución a través del tiempo; y (iv) desentrañar los componentes de la responsabilidad estatal contenidos en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, analizar por qué es importante que el Estado responda por las actuaciones del juez, relevar las falencias de los tres títulos tradicionales de responsabilidad y proponer nuevos escenarios de responsabilidad.

Para responder a los cuestionamientos formulados y obtener los objetivos propuestos, se emplearán conjuntamente varios recursos metodológicos en el marco de una investigación de tipo cualitativo, dentro de la cual, en lugar de presentar una simple observación de la información, se encarnará un diálogo reflexivo entre los datos y la investigadora.

Así, en un primer momento se realizará una aproximación teórica conceptual, junto con un componente histórico o contextual, para explicar de forma descriptiva los fundamentos filosóficos, políticos y jurídicos de la responsabilidad del Estado. Estas mismas herramientas, pero empleadas desde una perspectiva crítica, servirán para dilucidar, en el segundo capítulo, quién es el juez. Posteriormente, en el tercer capítulo, aportando un componente evolutivo, se acudirá al método comparativo con variables para la exposición y el análisis de la jurisprudencia sobre la responsabilidad de la administración pública y del juez. Finalmente, a través de un diagnóstico cruzado se presentará una sección analítica de aplicación de las teorías a la jurisprudencia, junto con algunos aspectos de carácter propositivo.

Para revelar las falencias e insuficiencia de los tres títulos tradicionales de responsabilidad por las actuaciones judiciales para garantizar el derecho a la indemnidad de los ciudadanos, teniendo en cuenta los postulados teóricos a los cuales debería responder y el rol actual del juez, la estructura del texto consta de cuatro capítulos: uno sobre los fundamentos teóricos de la responsabilidad, otro acerca de la identidad del juez, uno sobre el desarrollo jurisprudencial de este tema y finalmente un análisis sobre los desafíos en torno a su reconocimiento.

El primer acápite, intitulado *Fundamentos de la responsabilidad del Estado*, se divide en dos partes, la primera relativa a los fundamentos filosóficos y la segunda a los jurídico políticos en el Estado social y democrático de derecho. En el primer fragmento se relacionarán las teorías filosóficas existentes en función a sus respectivos autores. En la segunda parte se enmarcará el desarrollo constitucional de la responsabilidad dentro de los contenidos esenciales del Estado relativos a este instituto, dentro de los cuales fueron seleccionados la caracterización del Estado social y democrático de derecho y sus antecedentes, la teoría del control, el Estado como centro de imputación jurídica, la justicia vista desde la óptica del acceso, la solidaridad, el derecho y el deber de reparar y el desarrollo constitucional de la institución.

La relevancia de este primer capítulo radica en que es necesario indagar cuáles es el eje teórico común de la responsabilidad, cuyo desarrollo ha sido especialmente *praetoriano*, no solo

por ser un objetivo investigativo en sí mismo dada su poca cobertura, sino porque al servir de base para un posterior análisis de las reglas jurisprudenciales a la luz de estos postulados, logrará evidenciar la necesidad de que el Estado responda a los ciudadanos por los daños antijurídicos que les cause, con independencia de la rama del poder público que los ocasione de una forma coherente en términos de justicia, así como recordar la importancia de la responsabilidad estatal en un Estado Social de Derecho y lo que este modelo de organización jurídico política le inspira y le exige para que avance, se fortalezca y funcione adecuadamente.

Para la elaboración del segundo capítulo, denominado *Quien es el juez*, teniendo en cuenta que las decisiones judiciales, y no solo las normas jurídicas, son una expresión de los modelos de Estado” (Latorre González, 2015), se problematizará acerca de su rol a través del tiempo reseñando el tránsito entre el Estado Liberal, el Estado Constitucional y el Estado Neoconstitucional, haciendo énfasis en cómo el juez fue adquiriendo una mayor importancia a través de todos estos cambios.

Una vez ubicados en el Estado contemporáneo, para ofrecer una visión más completa sobre quién es el juez, se aportan algunas herramientas teóricas sobre las cuales se apoye la idea de que este es un sujeto importante del sistema jurídico político. Los aspectos teóricos que se emplearán para tal fin son, en una primera parte, las relaciones entre el derecho y la política como marco general, el realismo jurídico como teoría del derecho, y la interpretación judicial como herramienta de actuación —aspecto que además será transversal a lo demás—. Estos tres temas servirán como plataforma para abordar los siguientes aspectos de la judicatura: la administración de justicia, el juez como actor central de la organización jurídico política y las críticas al activismo judicial.

De una manera más situada en el ordenamiento jurídico colombiano, se caracterizará someramente al juez ordinario, al juez administrativo y al juez constitucional, haciendo especial énfasis en los órganos de cierre; y se darán a conocer los intensos debates doctrinarios sobre su actividad, sin olvidar a los jueces internacionales que ejercen su jurisdicción en Colombia.

El sentido de esta empresa es que para responder a la pregunta sobre cómo el Estado asume las consecuencias por las actuaciones del juez ha de cuestionarse primero quién es él, como el sujeto activo del control, en cabeza de quien se han depositado la esperanza de alcanzar los objetivos del Estado social de derecho. De esta forma, al indagar por la responsabilidad patrimonial con ocasión de su actividad —institución que cómo ya vimos hace parte del entramado de controles

al ejercicio del poder público—, se cuestiona en últimas, cómo se controla al que usualmente controla.

El tercer capítulo, llamado *Cómo responden el juez y la administración pública*, consiste en la descripción de los elementos de la responsabilidad, del desarrollo jurisprudencial de la responsabilidad del Estado por las actuaciones de la administración pública y del desarrollo legal y jurisprudencial de la responsabilidad del Estado por las actuaciones judiciales, lo cual será posteriormente analizado y confrontado entre sí.

Heno (2015) señala que todas las acciones tienen una dimensión reparadora, idea de la cual haremos uso a lo largo del texto, sin embargo, teniendo en cuenta que la acción de reparación directa es la vía tradicional, se realiza un recuento actualizado de las reglas jurisprudenciales de la Sección Tercera de la máxima instancia de lo contencioso administrativo sobre la responsabilidad del Estado, tanto por las actuaciones de la administración pública, como por las actuaciones de la judicatura, con el propósito de demostrar que entre estos dos ámbitos existe una relación inversamente proporcional en el progreso de la jurisprudencia.

Una vez estudiados los elementos en los que se estructura la responsabilidad (los títulos de imputación, el daño y su reparación), se describirán las subreglas constitucionales que regentan los escenarios más comunes de la responsabilidad. En el ámbito de la responsabilidad de la administración estos son la responsabilidad por los sucesos ocurridos en el marco del conflicto armado interno, la responsabilidad extracontractual por los daños ocasionados por la comisión de delitos por parte de las fuerzas militares, por los daños ocasionados a los soldados voluntarios, por los daños infringidos a los conscriptos, por los daños generados a las personas reclusas, por los daños ocasionados en el marco de juicios civiles policivos, por los daños provenientes de un contrato y por los daños causados a los adolescentes infractores de la ley penal.

Mientras que en la esfera de la responsabilidad por la actividad judicial se abarcarán los únicos escenarios de la responsabilidad tratados hasta el momento en la jurisprudencia, los cuales son el error judicial, el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y la privación injusta de la libertad.

Esta exposición también servirá para que posteriormente se analice el desempeño de la jurisprudencia, a partir de las evidenciadas necesidades de que la praxis judicial se corresponda

con los fundamentos teóricos de la responsabilidad y dar cumplimiento al mandato jurídico político de dejar indemne a los ciudadanos que sufran daños antijurídicos que le sean imputables al Estado, máxime si estos son causados con ocasión del ejercicio de la función jurisdiccional, porque es el juez quien normalmente restablece los derechos e imparte justicia, y porque, usando la lógica evolutiva de la responsabilidad, la cual va creciendo a medida que aumentan las actividades y la intervención del Estado, entre más amplias sean las competencias y posibilidades de acción del juez, —como sucede en el Estado contemporáneo—, existen más posibilidades de que ella ocasione daños con su actuar u omitir.

En el cuarto y último capítulo designado como *Desafíos de la responsabilidad del Estado por las actuaciones judiciales*, se abordarán directamente las tres preguntas de investigación formuladas, para lo cual (i) se desentrañará cuáles son las perspectivas filosóficas que subyacen al desarrollo jurisprudencial de la responsabilidad del Estado y las contradicciones presentes; (ii) se analizará la importancia de que el Estado responda por las actuaciones del juez, teniendo en cuenta su identidad en el Estado contemporáneo, así como los desafíos que ello presenta en punto a la intangibilidad de la cosa juzgada, la independencia judicial y la responsabilidad de los órganos de cierre de la jurisdicción; y (iii) se propondrán nuevos escenarios de responsabilidad del Estado juez distintos a los tres tradicionales, como por ejemplo la responsabilidad por la ejecución de sentencias internacionales, por la adopción de laudos arbitrales y por el cambio de línea jurisprudencial, profundizando en los dos últimos.

PRIMER CAPÍTULO.

FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

“Así, podemos sostener que el fundamento actual de la responsabilidad del Estado, ya se trate del Estado Legislador, Estado Juzgador o Estado Administrador, no es otro que el Estado de Derecho y sus presupuestos, cuya finalidad última es proteger a los gobernados en sus derechos. Un Estado de Derecho “irresponsable” es una contradicción en sus propios términos. Estado de Derecho y responsabilidad son conceptos correlativos” (Zúñiga Urbina, 2008, pág. 21).

La responsabilidad civil es una institución jurídica que, debido a la fuerza de los sucesos, ha tenido un amplio desarrollo *praetoriano*, y a pesar de que se resalta su importancia en el Estado de derecho, hace falta reflexionar en ella desde una perspectiva teórica.

Es positivo que, como en ese caso, el ordenamiento jurídico le haya salido al paso a la realidad social y que el juez sea el abanderado de la responsabilidad extracontractual casi de forma exclusiva, lo cual explica el interés de la doctrina en aproximarse a esta institución principalmente a través del estudio de las reglas jurisprudenciales sobre la materia, las cuales requieren ser frecuentemente estudiadas y sistematizadas por su realidad cambiante, metodología que también se empleará en el tercer capítulo de esta investigación, habida cuenta de que recientemente ha habido cambios significativos en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Sin embargo, este primer acápite pretende mostrar un panorama más amplio sobre la responsabilidad extracontractual, dilucidando cuáles son las aproximaciones teóricas en las que se fundamenta, teniendo en cuenta los aspectos filosóficos y los jurídico políticos, partiendo de los temas más generales de la responsabilidad de forma genérica, para posteriormente aterrizar en la responsabilidad del Estado en nuestro sistema jurídico.

Además, este enfoque de estudio adquiere una mayor relevancia al ser parte del marco teórico de la responsabilidad por las actuaciones dañosas provenientes precisamente de la judicatura.

La primera parte, referida a los fundamentos filosóficos de la responsabilidad, se limitará a describir las posturas de los autores más destacados en la materia, lo cual será confrontado con las reglas jurisprudenciales sobre la responsabilidad del Estado que se expondrán en el tercer capítulo, de tal forma que el cuarto acápite logre responderse a la pregunta sobre cuáles son las posturas filosóficas que subyacen a la responsabilidad en Colombia.

Por su parte, el propósito de la segunda parte, referida a los fundamentos jurídico políticos, pretende demostrar la centralidad en el restablecimiento de los derechos de la víctima y no tanto en las actuaciones del Estado o de sus agentes, en este caso los jueces o funcionarios judiciales, entendiendo al Estado como centro de imputación jurídica. Sin embargo, no se deja de lado que la circunstancia de que la responsabilidad del Estado no tenga como propósito examinar o sancionar la conducta de los servidores público, no quiere decir que esta no haga parte del amplio entramado de controles existentes en el Estado social de derecho.

En efecto, el examen de la conducta del agente únicamente incide en su responsabilidad personal frente al Estado, pues nos encontramos en un sistema de responsabilidad pública triangular que sobrepone la garantía de indemnidad de las víctimas a la integridad del patrimonio público, de tal forma que el Estado está llamado a responderle a la víctima y luego debe entenderse con el funcionario que causó el daño en los casos en los que su actuación sea dolosa o gravemente culposa, habida cuenta de que la garantía de las víctimas es el patrimonio del Estado, mientras que la del Estado es el patrimonio de los funcionarios que actuaron indebidamente.

También se resalta la importancia de desligar la idea de reparación como una suma compensatoria de dinero, porque la reparación equivale a la plena restitución, es decir, al restablecimiento de la situación anterior a la producción del daño, incluso en los casos en lo que no existan graves violaciones a los Derechos Humanos o infracciones al Derecho Internacional Humanitario, de forma tal que a los ciudadanos se les garanticen todos los derechos, especialmente la igualdad, la integridad del patrimonio, los derechos adquiridos, la libertad, la solidaridad y la confianza legítima.

En cuanto a la bibliografía seleccionada, para exponer los fundamentos filosóficos se empleará como fuente única la compilación y traducción de artículos sobre “*La Filosofía de la responsabilidad civil*” realizada por Fabra Zamora (2013), debido a que en nuestro medio son

escasas las publicaciones académicas sobre este tema, mientras que para la segunda parte de este capítulo se utilizarán diversas fuentes.

1. Fundamentos filosóficos de la responsabilidad del Estado

La responsabilidad civil en general es una institución que surge y tiene su auge en el mundo jurídico poniendo en jaque conceptos del liberalismo clásico como respuesta a distintos fenómenos económicos, políticos y sociales, dentro de los cuales se encuentran la Segunda Guerra Mundial, el *New Deal* y el acelerado desarrollo industrial (Fabra Zamora, 2013).

Adicionalmente, los cambios contextuales y las nuevas realidades sociales han implicado nuevos retos para este instituto. Dentro de estas transformaciones se pueden resaltar, por ejemplo, el surgimiento de la responsabilidad objetiva principalmente con ocasión de los productos defectuosos en los años cincuenta (Zipursky, 2013) y el cambio de paradigma que descentró el reproche a la conducta de un sujeto para darle prioridad a la reparación de la víctima (Anzoátegui, 2013), por cuanto la noción de culpa proveniente del derecho romano no proporcionaba una respuesta adecuada a los daños sufridos por el impacto de la primera y la segunda Revolución Industrial (García Amado, 2013).

El derecho, y especialmente los jueces, tuvieron que responder a estas nuevas realidades. Los teóricos “casi sin excepción se han dirigido a intentar encontrar soluciones puntuales en derecho a una situación creada por los tiempos modernos” (Suárez, 2013, pág. 155), sin embargo, no ha habido mucho interés y desarrollo teórico del derecho continental por reflexionar acerca de los fundamentos filosóficos de la responsabilidad en un contexto en donde existen muchos más riesgos de los que Aristóteles conoció cuando propuso la noción de la justicia correctiva, especialmente en lo que atañe a la responsabilidad objetiva, mientras que en la vertiente anglosajona se ha producido una profunda reflexión filosófica sobre el asunto (Suárez, 2013). Una de las razones por las cuales no ha habido suficiente reflexión filosófica, es que se trata de un área del derecho que regula temas muy prácticos, los cuales “aparentemente están por fuera de las celestiales preocupaciones del filósofo” (Zipursky, 2013).

Sin embargo, en el ámbito público se evidencia la necesidad de aproximarse teóricamente a la responsabilidad patrimonial teniendo en cuenta que los paradigmas de modelo de Estado han cambiado de tal forma que las actividades estatales se desarrollan y generan impactos distintos

respecto del momento en el cual la responsabilidad estatal empezó a tener fuerza y a desplegarse jurídicamente a través de los múltiples casos conocidos por los jueces; y además, es necesario cuestionar la coherencia teórica en términos de justicia del discurso explicitado en la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la responsabilidad civil del Estado, la cual tiende a expandirse respecto de la administración pública y a restringirse en lo relativo a la responsabilidad por las acciones u omisiones del legislador y de los jueces.

Para abordar el tema de la filosofía de la responsabilidad extracontractual, teniendo en cuenta que se trata de una institución compleja e integrada por elementos provenientes del contexto socioeconómico, haremos una presentación de las aproximaciones teóricas contemporáneas a la responsabilidad civil en general, con una muy breve exposición de las bases teóricas clásicas en las que se sustentan y necesarias referencias a los filósofos modernos sin detenernos en su explicación.

1.1. Clasificación de las aproximaciones teóricas

Como es bien sabido, en filosofía y en derecho existen distintos tipos de teorías y las de la responsabilidad civil no son la excepción. En este campo también existen teorías descriptivas o empíricas, teorías conceptuales o analíticas y teorías normativas o justificativas (Fabra Zamora, 2013).

“Se encuentran algunas piezas que buscan reconstruir la historia de una figura jurídica dentro de un sistema jurídico determinado; otras que intentan explicar los conceptos centrales del sistema de responsabilidad extracontractual; otras que buscan justificar la imposición de un fin determinado del derecho de daños, mientras otras sencillamente mezclan varias de las anteriores” (Fabra Zamora, 2013, pág. 30).

Otra clasificación relevante de las teorías de la responsabilidad extracontractual es la que distingue entre las teorías instrumentales y las no instrumentales. “Las teorías instrumentales consideran que las características centrales de un cuerpo del derecho se explican o justifican en términos de alcanzar un propósito o remediar un problema social determinado” (Fabra Zamora, 2013, pág. 34) identificando como conceptos centrales los accidentes, los gastos y su distribución (Coleman & Mendlow, 2013), mientras que las teorías no instrumentales consideran que la justificación del derecho “se agota en la descripción de la estructura o la forma” (Fabra Zamora,

2013, pág. 34), poniendo en el centro conceptos como daños, derechos, responsabilidad y reparación (Coleman & Mendlow, 2013)².

Como última clasificación, se presentará el enfoque filosófico y el enfoque sistemático de la responsabilidad por daño extracontractual. Desde una perspectiva filosófica política, —la cual se relaciona con las posturas naturalistas— lo importante es lograr una organización más justa de las relaciones sociales, de acuerdo a los valores de los sistemas políticos, comprendiendo las teorías que pasan por la definición de lo justo desde el principio conmutativo, la idea de justicia distributiva, o una correctiva, e incluso el liberalismo de las teorías económicas (Coleman & Mendlow, 2013).

A diferencia de lo anterior, un enfoque sistemático concordante con una visión normativista es descriptivo en lugar de prescriptivo, busca establecer cómo operan los sistemas propendiendo porque estos sean coherentes en sus contenidos y en sus conceptos explicativos, en vez de preguntarse cuál modelo sirve mejor a un determinado ideal social (García Amado, 2013).

A continuación se abordarán las dos grandes aproximaciones teóricas de la responsabilidad extracontractual: (i) el análisis económico del derecho y (ii) las teorías morales o basadas en la justicia, aclarando que dentro de cada una de ellas existen distintos tipos de teorías según las

² El daño, para los naturalistas supone la alteración de un orden prejurídico que atenta contra la esencia de la humanidad y la convivencia social, debe ser objetivo y el derecho debe constatar su existencia en lugar de configurarlo; mientras que para los normativistas es el propio sistema jurídico el que proporciona las pautas de lo que ha de ser considerado como daño con independencia de subjetivas o sociales de daño, ya sea a través de la ley o de la jurisprudencia y en este último caso es evidente que los jueces reciben el influjo de las ideas de cada época (García Amado, 2013). La causación, desde una aproximación naturalista es el elemento más importante de la responsabilidad y debe ser empírica o científica respecto del sujeto que ha de responder; mientras que desde una aproximación normativista es casi irrelevante la relación empírica entre la conducta y el daño, puesto que se trata más bien de mecanismos de imputación de responsabilidad a un sujeto, para lo cual la relación causal natural es solo uno de los elementos o criterios a tener en cuenta. Es así como surgen formas de imputación como la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por omisión. La reprochabilidad de la conducta del sujeto que causa el daño es de suma importancia desde una perspectiva naturalista, así, el dolo o negligencia da lugar a la responsabilidad subjetiva y enrolarse en una actividad potencialmente dañosa a la responsabilidad objetiva, de tal forma que se conserve la idea de responder por las consecuencias de los propios actos. Por su parte, desde una visión normativista también es un criterio de imputación el dolo o la negligencia sin que sea necesario constatar cuáles eran las intenciones del sujeto, de la misma forma en que la responsabilidad objetiva se desliga de los móviles del sujeto, lo cual permite especialmente imputar responsabilidad a la administración por su funcionamiento normal al servicio del interés general. En cuanto a la reparación del daño, los naturalistas exponen que debe darse por parte del sujeto que la causó, justamente como consecuencia de ello debe existir una correspondencia entre la reparación del daño y su magnitud y el propósito es reestablecer el equilibrio natural quebrantado con el daño o compensarlo mediante una indemnización equivalente, a semejanza de la retribución en el derecho penal. Para los normativistas, la reparación del daño puede romper estos paradigmas (García Amado, 2013).

clasificaciones expuestas. Nos detendremos más en las distintas vertientes de las teorías morales que en las diversas manifestaciones del análisis económico, porque en estas últimas existen menos variaciones.

1.2. Las teorías económicas de la responsabilidad civil

Este movimiento nacido aproximadamente en los años 60 puede ser definido como “una amalgama de la utilización de herramientas de la microeconomía con una visión ética cercana al utilitarismo utilizada para el estudio de los problemas jurídicos” (Fabra Zamora, 2013, pág. 26), originada en la responsabilidad extracontractual, el derecho de la competencia y la prevención de monopolios y que hoy en día es aplicada en muchos otros ámbitos. Su objetivo es la maximización de las riquezas y el no desperdicio de los recursos. Sus principales exponentes, en orden histórico, son Ronald H. Coase, Guido Calabresi³, Richard A. Posner⁴, Steven Shavel⁵ y Louis Kaplow (Fabra Zamora, 2013).

A pesar de que la teoría económica del derecho consista en la aplicación de métodos económicos a las instituciones jurídicas, es posible desentrañar la concepción filosófica que ella defiende. Así, al ser una teoría instrumental su principio fundamental es la eficiencia, de acuerdo con el cual es imperativo obtener el mejor beneficio o rendimiento de los recursos sociales que son

³ El teórico Guido Calabresi, uno de los exponentes de la primera generación de analistas económicos, no se centra en responder cómo compensar a la víctima de un daño, sino en cómo debe actuar la sociedad respecto de los accidentes, los cuales implican unos costos que deben ser asignados adecuadamente de acuerdo con criterios de evitación y equidad. Más allá de quien debe responder o tenerse como culpable de la ocurrencia de un accidente, la responsabilidad civil debe orientar sus esfuerzos a identificar a quien debe incentivar para evitarlos en el futuro, es decir que el Estado, a través del legislador y de la administración –más que de los jueces- debe cargar el costo a quien está en la posibilidad de evitar los accidentes empleando la menor cantidad de recursos posible, sin tener en cuenta criterios subjetivos de asignación de responsabilidad (Fabra Zamora, 2013).

⁴ De acuerdo con Richard A. Posner y William M. Landes, “[l]a idea central de la responsabilidad extracontractual es minimizar la suma de las pérdidas de los accidentes esperados y los costos de la toma de precauciones” (Fabra Zamora, 2013, pág. 47). Se vuelca sobre la culpa, pero no entendida “como un concepto moral, es decir, (...) relacionada con un estándar de ‘prudencia’, ‘razonabilidad’, o ‘un buen padre de familia’ (...), sino como un concepto económico cuyos términos son objetivables, medibles y resumibles en una fórmula algebraica” (Fabra Zamora, 2013, págs. 47-48), de tal forma que se desincentiven las actividades dañinas con la virtualidad de disminuir los niveles de riqueza social. Igualmente, para estos autores la responsabilidad objetiva debe existir, pero es necesario que prevea la posibilidad de valorar la conducta de la víctima para incentivarla a actuar de forma eficiente (Fabra Zamora, 2013).

⁵ En la obra de Steven Shavell y Louis Kaplow, se promueve la idea de que el derecho de daños es relevante desde dos perspectivas. “[P]or un lado, las normas de responsabilidad generan incentivos para que los dañadores potenciales tomen cuidado o ajusten su comportamiento para evitar tener que pagar los daños, y, por otra parte (...) distribuye el riesgo de las pérdidas de los accidentes y los costos de evitarlos” (Fabra Zamora, 2013, pág. 53), teniendo en cuenta a la sociedad vista como un todo.

escasos erigiendo en torno a este principio un sistema jurídico racional, coherente y determinado (Fabra Zamora, 2013).

Si se mira con detenimiento, al buscar la eficiencia el análisis económico del derecho puede ser visto como una teoría moral relacionada con el utilitarismo, el cual “define la corrección de las acciones humanas en términos de las consecuencias buenas o malas de esas acciones” (Fabra Zamora, 2013, pág. 39). La particularidad está en que mientras para algunos filósofos exponentes del utilitarismo se debe maximizar el placer (Bentham), o la felicidad (Mill), “los economicistas utilizan un concepto medible y objetivo para medir la utilidad: la riqueza, que se mide por el precio” (Fabra Zamora, 2013, pág. 40). Otro concepto enmarcado en esta corriente, empleado por Louis Kaplow y Steven Shavell es el de bienestar agregado (Welfare), el cual “no solamente reconoce los niveles individuales de comodidad material, sino también varios niveles de bienes intangibles, como el goce estético, sus sentimientos por otros y cualquier otra cosa que pueda tener valor” (Fabra Zamora, 2013, pág. 41), en orden a obtener la utilidad general. A su vez, todos los conceptos anteriores se agrupan en la idea del consecuencialismo moral.

Bajo este entendido, la responsabilidad extracontractual es una manera de maximizar la riqueza social “de una forma negativa: minimizando los costos de los accidentes, y el costo de evitarlos” (Fabra Zamora, 2013, pág. 36), “logrando mejorar el funcionamiento humano concreto compensando a quienes han sido ilícitamente dañados y dotando de eficacia a las normas de conducta prudente” (Zipursky, 2013, pág. 235).

Además, Para esta teoría no es relevante la relación entre el agente dañador y la víctima, sino que concibe la responsabilidad extracontractual como un asunto relativo a la distribución de las riquezas en la sociedad (Fabra Zamora, 2013). Lo relevante es la asignación de los costos de los accidentes e incentivar a quienes pueden evitarlos empleando la menor cantidad de recursos.

Las principales críticas al análisis económico del derecho son las que a continuación se exponen. En primer lugar, los promotores de la justicia correctiva sostienen que el análisis económico no puede explicar el derecho de la responsabilidad, pues no le es posible analizar conceptualmente las estructuras vigentes, las cuales normalmente giran en torno a la relación entre quien sufrió un daño y el obligado a compensarlo. En segundo lugar la eficiencia no explica ni legitima la responsabilidad, puesto que este no es el único fin del derecho, en ocasiones es incompatible con la eficiencia e incluso puede no ser un fin en algunos sistemas jurídicos reales.

Por último, se critica que sus conceptos son ilusiones y quimeras, porque no es posible aplicar sus fórmulas (Fabra Zamora, 2013).

En últimas, la dificultad teórica del análisis económico del derecho radica en la imposibilidad de explicar todos los problemas jurídicos bajo un único principio, el de la eficiencia, sin embargo es útil para “guiar a los legisladores y reguladores en la creación de reglas substantivas para reducir los costos de los accidentes, de reglas procesales para inducir a que revelen la información relevante y de reglas substantivas para que se invierta en seguridad y se disminuyan los costos ineficientes” (Fabra Zamora, 2013, pág. 58).

1.3. Las teorías morales de la responsabilidad civil

Estas teorías surgen en los años 70 como respuesta a la concepción economicista de la responsabilidad y alcanzan su máximo esplendor en los años 90. Explican los fundamentos de la responsabilidad extracontractual a través de concepciones de filosofía moral y política. Reemplazan al consecuencialismo por la equidad y los derechos, en concordancia con razones relativas al agente, es decir, aquellas que “exigen a una persona realizar una acción mientras que no reclama a ninguna otra persona la realización de tal acción” (Fabra Zamora, 2013, pág. 60). De esta forma, las teorías basadas en la justicia vuelven a centrar su atención en las relaciones entre individuos –en este caso entre dañadores y víctimas- como tradicionalmente se ha hecho. Sus exponentes más relevantes son George P. Fletcher, Richard A. Epstein, Jules L Coleman, Ernest J. Weinrib, Anthony Honoré, David G. Owen, Richard W. Wright e Izhak England (Fabra Zamora, 2013).

1.3.1. Breve recuento de la teoría clásica sobre la justicia según Aristóteles

Una de las primeras clasificaciones de las teorías de la justicia fue elaborada por Aristóteles en la *Ética a Nicómaco*. En esta obra Aristóteles distingue entre la justicia universal (una virtud que comprende aspectos de otras virtudes, en relación con los demás) y la justicia particular (lo opuesto a la avaricia en cuestiones relacionadas con la fortuna) (Fabra Zamora, 2013).

Por su parte, la justicia particular se subdivide en justicia distributiva y justicia correctiva. “Mientras que la primera se encarga de la ‘distribución’ de bienes y cargas sociales entre miembros de la comunidad en el derecho público (especialmente el constitucional, el administrativo y el tributario) (...); la segunda se encarga de la rectificación de los injustos en las ‘transacciones (*synallagmata*)” (Fabra Zamora, 2013, págs. 62-63). Además, la justicia correctiva es aplicable

tanto a las transacciones voluntarias, es decir los negocios jurídicos, –adquiriendo el nombre de justicia conmutativa-; como a las involuntarias, como por ejemplo la responsabilidad extracontractual, esta última “en el entendimiento aristotélico se refieren a diversas formas de ‘interacción’ con los demás, como el daño a la propiedad, el robo, la difamación, el adulterio, y el asesinato (Fabra Zamora, 2013, págs. 63-64).

Tanto la justicia correctiva como la justicia distributiva buscan preservar la igualdad, pero bajo concepciones distintas de la igualdad. En la primera se distribuye con base en un criterio que determine el mérito de cada uno y la igualdad se viola cuando alguno recibe más de lo que le corresponde (Papayannis, 2013). “En cambio, la justicia correctiva no se ocupa de la distribución de bienes compartidos sino de las interacciones privadas entre los individuos” (Papayannis, 2013, pág. 387), ámbito en el cual el mérito es irrelevante, pues solo se mira la naturaleza del daño, al perjudicado y al que perjudica, teniendo a ambas partes como iguales (Papayannis, 2013). “Aristóteles afirma que la manera de restablecer la igualdad es tomando a la ganancia del agente dañador para entregársela a la víctima” (Papayannis, 2013, pág. 388).

En particular la justicia correctiva requiere que se produzca una rectificación cuando se ha roto el equilibrio entre las partes, como sucede por ejemplo cuando una de ellas provoca un daño a la otra o comete una injusticia, de tal forma que es necesario hacer que la parte que se ha beneficiado de quien sufre el daño, restituya a la otra lo que ha perdido restableciendo la igualdad resquebrajada entre ellas (Fabra Zamora, 2013). “Un elemento que se ha de resaltar de este tipo de justicia es que presume la existencia de un juez, un tercero imparcial, que debe restablecer la igualdad sin tener en cuenta los méritos de las partes” (Fabra Zamora, 2013, pág. 65).

La forma como el pensamiento de Aristóteles sobre estos temas viajó a través de la historia según Fabra Zamora (2013) consiste en que Hobbes, quien influyó de forma contundente a Kant, quien a su vez influyó notablemente los sistemas jurídicos continentales, además de criticar expresamente la concepción de justicia aristotélica, no estudia a profundidad la justicia correctiva. Se piensa que esa puede ser la razón por la cual este concepto es casi inexistente en el vocabulario filosófico-jurídico continental, mientras que en el derecho anglosajón hubo autores contemporáneos que abordaron el tema de la justicia correctiva desde una perspectiva no aristotélica, como por ejemplo Richard A. Epstein –quien expone el principio de la reciprocidad- y George P. Fletcher –promotor de la filosofía libertaria-.

Posteriormente, en el ambiente anglosajón la obra de Aristóteles es retomada por Weinrib, quien hizo renacer el concepto clásico de justicia correctiva, logrando que algunos filósofos, como por ejemplo James Gordley y Frederick Sharp, busquen en el pensamiento aristotélico la solución a algunos problemas jurídicos contemporáneos, como por ejemplo el de la responsabilidad civil extracontractual.

1.3.2. Principales vertientes y exponentes de las teorías de la justicia correctiva

1.3.2.1. El principio de reciprocidad de George P. Fletcher

George P. Fletcher influenciado por la publicación *A Theory of Justice* de Rawls, buscó frenar la lectura economicista de la responsabilidad extracontractual proponiendo una mezcla de la justicia distributiva con la correctiva, tomando como punto de partida el principio rawlsiano de igual seguridad para todos, a partir del cual se llega al principio de reciprocidad, el cual proporciona una respuesta a las preguntas sobre quién tiene el derecho a ser indemnizado y quién tiene el deber de compensar (Fabra Zamora, 2013).

Para este autor el principio de reciprocidad explica el deber de compensación y el derecho correlativo de la víctima en la necesaria imposición de riesgos recíprocos para hacer posible la realización de la mayoría de actividades. “El deber de compensar solo surge cuando el dañador causa un perjuicio a la víctima que es resultado de la imposición de un riesgo no recíproco, es decir, un riesgo que excede el nivel razonablemente esperado por la víctima” (Fabra Zamora, 2013, pág. 69). Desde esta perspectiva, la responsabilidad por culpa se produce cuando se realiza una imposición irrazonable y desproporcionada de riesgos a las otras personas, mientras que la responsabilidad objetiva surge cuando la realización de actividades extremadamente peligrosas que en sí mismas crean un riesgo no recíproco (Fabra Zamora, 2013).

1.3.2.2. La concepción libertaria de Richard A. Epstein

De otro lado, la concepción libertaria de Richard A. Epstein, influenciada por Robert Nozick, defiende un sistema general de responsabilidad objetiva que entiende que los derechos a la libertad y a la propiedad son tan valiosos que quien los infrinja debe compensar a menos que tenga una excusa para dañar. De esta forma, la responsabilidad se centra en la infracción del derecho y no en la actuación dolosa, culposa, o inocente del dañador, es decir que debe indemnizar a su víctima todo aquel que cause un daño, pues ella no está en la obligación de soportar o subsidiar ese perjuicio (Fabra Zamora, 2013).

1.3.2.3. *La concepción anuladora de Jules L. Coleman*

Jules L. Coleman se refirió por primera vez a la justicia correctiva desde una concepción anuladora en su libro titulado '*Corrective Justice and Wrongful Gain*' publicado en 1982, y distanciándose un poco de Aristóteles, la definió como “la justicia [que] exige anular o eliminar los beneficios ilícitos y los perjuicios ilícitos” (Fabra Zamora, 2013, pág. 75).

Este teórico asegura que la justicia correctiva —y no la retributiva o el análisis económico—, al fundamentar la obligación de reparación en los deberes de cuidado y deberes de no causar daño, es el principio que justifica de la mejor forma la responsabilidad civil (Coleman & Mendlow, 2013).

Bajo este entendido existen deberes absolutos de no causar daño (responsabilidad objetiva) y deberes relativos de no causar daño mediante negligencia o imprudencia (responsabilidad subjetiva) (Coleman & Mendlow, 2013), a pesar de que normalmente en los ordenamientos jurídicos “el fundamento de la compensación es el mismo de la responsabilidad, el obligado a compensar es el responsable, y se compensa por la magnitud del daño” (Fabra Zamora, 2013, pág. 76).

Retomando a Fletcher, Coleman asegura que deben hacerse las siguientes cuatro distinciones: (i) las justificaciones para fundamentar el deber y la imposición a alguien en particular de los costos de esa pérdida: derecho a ser compensado y deber de compensar⁶; (ii) los fundamentos y los modos de la compensación: los modos se refieren a la forma para lograr que efectivamente se produzca la compensación, como por ejemplo los sistemas de responsabilidad por culpa o de seguros obligatorios; (iii) los fundamentos y la extensión de la responsabilidad: el deber de compensar y el alcance de ese deber respecto de la multiplicidad de daños que se pueden producir; y (iv) la justificación de la acción dañina en relación con la víctima: una conducta injustificable o culpable que genera responsabilidad, una conducta justificable que entonces causa

⁶ “Los fundamentos de la obligación de reparar son: (1) el hecho de que uno tenga el deber previo de tomar en cuenta los intereses del otro, y de mitigar su propia conducta en consecuencia; (2) el hecho de que uno no haya logrado hacerlo; (3) el hecho de que al no hacerlo, todo ello resulte (de manera adecuada) en un daño a otro; y (4) el hecho de que el daño resultante pueda serle atribuido al agente como de su autoría o, en la jerga contemporánea, sea algo de cuyo resultado él es responsable (...). La justicia correctiva fundamenta algunas, pero muy probablemente no todas las obligaciones de reparar” (Coleman & Mendlow, 2013, pág. 202).

un daño justificado, la conducta se justifica solo si el agente paga la compensación por las pérdidas que ella cause (Fabra Zamora, 2013).

Los elementos de la responsabilidad extracontractual junto con su explicación son los siguientes: (i) el quebrantamiento de un deber⁷ en los términos señalados; (ii) el daño: debe consistir en un daño protegido por el derecho, puesto que el derecho protege solo algunos intereses, de lo cual se desprende que el daño debe ser ilícito, es decir, que existía una obligación previa de no dañar; y (iii) la relación adecuada entre el quebrantamiento del deber y el daño (Coleman & Mendlow, 2013).

Coleman también asegura que la responsabilidad extracontractual mezcla aspectos morales y de eficiencia económica, puesto que la justicia correctiva no es un principio autosuficiente (Fabra Zamora, 2013) y además es compatible con otras teorías de la responsabilidad. Por ejemplo en virtud del principio de la división del trabajo no le corresponde a la justicia correctiva explicar el concepto de ilicitud del daño. Sin embargo, es necesario apartarse del análisis económico para dejar claro que no es posible ver todas las obligaciones como un costo, porque existen importantes diferencias normativas entre penas, impuestos, sanciones y obligaciones de reparar (Coleman & Mendlow, 2013).

Las implicaciones más relevantes de la teoría de la anulación son en primer lugar, que la responsabilidad extracontractual solo buscaría la compensación de las pérdidas ilícitas dejando que otras áreas del derecho se encarguen de las pérdidas lícitas; en segundo lugar, que la responsabilidad extracontractual no es el único método institucional para implementar la justicia correctiva, sino que existen otros como por ejemplo los impuestos y las sanciones; en tercer lugar, los derechos no son correlativos a los deberes, entonces el autor es contundente cuando afirma que

⁷ La explicación a la responsabilidad por culpa y sin culpa ofrecida por estos autores es la siguiente. La responsabilidad objetiva proviene de la idea que cada uno “tiene la obligación de limpiar su propios desastres, y la existencia de esa obligación no parece depender de qué tanto uno haya intentado evitarlo desde el principio”. Por otra parte, para comprender la responsabilidad por culpa es necesario partir de que en la realidad las interacciones sociales necesariamente producirán daños, situación frente a la cual no es razonable impedir que estas interacciones de realicen, sino que el comportamiento se modere para tomar en consideración los intereses ajenos, es decir, tomar precauciones razonables para no dañar. En ninguno de los tipos de responsabilidad son aceptables las excusas, puesto que la diferencia entre ellas no es la ilicitud o ilegalidad, sino que tanto la responsabilidad por culpa como sin ella, son conductas ilícitas y las dos son formas diversas de especificar el contenido de un deber. La diferencia radica en el contenido de la obligación de cuidado subyacente, puesto que mientras cuando se trata de responsabilidad objetiva existe un deber de no causar daños, en responsabilidad subjetiva se presenta un deber de no causar daños mediante una condición culposa (Coleman & Mendlow, 2013).

las pérdidas de las víctimas se deben anular, pero débil a la hora de explicar cómo se fundamenta el deber del dañador, es más, no se viola ningún principio de justicia si la víctima es compensada por un tercero (Fabra Zamora, 2013).

El crítico más importante de la concepción anuladora es Stephen R. Perry, quien censura que esta concepción no reconoce la relación entre el dañador y la víctima (Fabra Zamora, 2013). Para explicar cómo su vertiente de justicia correctiva si responde a esta pregunta, el teórico señala cuáles son las diferencias entre el derecho penal y el derecho de la responsabilidad civil en este aspecto, con el propósito de dejar clara la necesidad de apartarse de aquel en los siguientes términos. En primer lugar, la responsabilidad penal surge por la acción, mientras que la responsabilidad civil se da a partir del resultado. En segundo término, la responsabilidad civil no se cuestiona si pregunta si la acción del demandado es reprochable, sino si el perjuicio causado le es atribuible. De otra parte, es posible contratar un seguro por temas de responsabilidad civil pero no es posible evitar una sanción penal de la misma manera (Coleman & Mendlow, 2013).

Otra de las crítica cuestiona que la justicia correctiva realmente sea un asunto de justicia, porque lo único que logra es mantener una distribución previa conforme a la justicia distributiva, por eso señala que es necesario evaluar las condiciones de legitimad de las instituciones de distribución de recursos y el deber del Estado de redistribuir los recursos en casos en los que exista inequidad (Coleman & Mendlow, 2013).

1.3.2.4. La concepción relacional de Ernest J. Weinrib

Ernest J. Weinrib es el exponente de una concepción teórica no instrumental denominada relacional, que a diferencia de la concepción anuladora pone el centro de la responsabilidad extracontractual en la relación entre el dañador y la víctima, a través de una mezcla de argumentos aristotélicos, kantianos, hegelianos y formalistas para explicar la igualdad previa entre las partes generadora de un equilibrio normativo que implica que todas las personas son formalmente libres e iguales (Fabra Zamora, 2013).

De esta forma, la justicia correctiva tiene una función eminentemente rectificadora de la injusticia que el demandado a infligido al demandante, de tal forma que la rectificación es correlativa para las dos partes y la estructura de la responsabilidad es equivalente a la estructura de la injusticia que corrige, proveyendo de equidad la interacción entre las partes (Weinrib, 2013).

La concepción relacional solo admite la culpa, por eso el mero hecho de que una parte haya causado fácticamente un daño a otra no genera responsabilidad extracontractual. La responsabilidad objetiva puede existir pero no bajo la denominación de responsabilidad extracontractual (Fabra Zamora, 2013), pues se excluye que la responsabilidad surja por el solo hecho de crear un riesgo irracional aun cuando no cause un perjuicio, o por la producción de un daño sin juzgar la conducta de quien lo produjo (Weinrib, 2013).

Las más fuertes críticas a Weinrib provienen de los estudios jurídicos críticos o del neomarxismo, por no tener en cuenta las realidades sociales. Otros teóricos de la justicia correctiva censuran su excesivo formalismo, que elimina el contenido substantivo de la justicia correctiva. Además, se critica la interpretación que el autor efectúa de los pensamientos aristotélico y kantiano, al tomar el concepto sobre la igualdad del segundo para complementar la doctrina aristotélica, cuando en realidad Aristóteles proporciona dos modos de entender la igualdad y además, Kant es más afín a Hobbes que a Aristóteles (Fabra Zamora, 2013).

1.3.2.5. La concepción mixta de Jules L. Coleman

Después de recibir las críticas de Perry, Jules L. Coleman afirma que es cierto que su concepción de justicia es más distributiva que correctiva, por lo cual abandona la teoría de la anulación y a partir de su publicación *The Mixed Conception of Corrective Justice* desarrolla la teoría mixta de la justicia correctiva —la cual recibe nuevas críticas—. En esta nueva aproximación, toma aspectos de la concepción ‘anuladora’ y aspectos de la concepción ‘relacional’ de Weinrib (Fabra Zamora, 2013).

Con esas bases, Coleman afirma en un segundo estadio teórico que el tipo de razones que la justicia correctiva genera para la acción en el caso de la responsabilidad extracontractual, son razones que competen al dañador y a la víctima y no al resto de la sociedad, de tal forma que se impone el deber de reparar los ilícitos a quien los comete. Sin embargo, debido a la concepción anulatoria, no se pretende que exista un equilibrio normativo preexistente y tampoco una equivalencia entre la pérdida de la víctima y la ganancia del dañador, sino que el centro de la contienda se encuentra en las pérdidas ilícitas. Coleman continúa sosteniendo que las violaciones a los derechos explican la responsabilidad por culpa y las infracciones a los mismos, la responsabilidad objetiva (Fabra Zamora, 2013).

La justicia correctiva contribuye a la preservación de la justicia distributiva y viceversa. A propósito de un caso hipotético en el que una persona extremadamente pobre que causa un daño a una personas extremadamente rica, se explican las relaciones entre la justicia correctiva y la justicia distributiva a partir de una concepción mixta señalando que “la legitimidad de seguir un criterio estricto de justicia correctiva se vuelve cuestionable cuando los derechos se enfrentan a un balance distributivo demasiado injusto, y así, cuando existan conflictos gravemente dramáticos entre justicia correctiva y justicia distributiva, estos se deben resolver a favor de la distribución” (Fabra Zamora, 2013, pág. 89).

1.3.2.6. Derechos y deberes de indemnidad de Diego M. Papayannis

Bajo la explicación de la justicia correctiva la responsabilidad civil extracontractual es un asunto entre particulares que busca hacer justicia entre las partes, puesto que la indemnización sólo puede ser reclamada por la víctima al agente dañador y este solo le debe el resarcimiento a la víctima. El principio que subyace a esta estructura normativa impediría que la víctima acudiera al Estado en lugar de al dañador (Papayannis, 2013).

Lo que le hace falta al entendimiento de la justicia correctiva desde una perspectiva más liberal es tener en cuenta que el derecho de la responsabilidad además de rectificar las intenciones injustas, distribuye derechos y deberes de indemnidad. De esta forma la responsabilidad extracontractual contribuye a dar contenido a los derechos. Los derechos de indemnidad son bienes primarios, de acuerdo con la clasificación de los bienes propuesta por Rawls, los cuales incluyen, entre otros, los derechos, las libertades, las oportunidades, el ingreso y la riqueza, que son distribuidos por el Estado para que cada personas lleve adelante un plan de vida de forma razonable y después de lo cual el destino de cada individuo dependerá de sus decisiones (Papayannis, 2013).

Igualmente, “los derechos de indemnidad suponen un correlativo deber de no dañar a cargo de los potenciales agentes dañadores (...); además, una vez producida la pérdida (...) la víctima cuenta con un derecho secundario a ser compensada” (Papayannis, 2013, pág. 404).

Respecto a los factores que interfieren en el desarrollo de la vida respecto de los cuales el individuo no es responsable pero tiene que asumir las pérdidas, como la mala suerte, la cual se puede ejemplificar en un desastre natural, una alternativa es que el Estado las neutralice asumiéndolas de acuerdo con las elecciones políticas. Otro factor que altera los planes de vida es la interferencia de terceros, de tal forma que “el hecho de que podamos causarnos pérdidas

mutuamente justifica que el Estado reconozca algunos derechos de indemnidad. A diferencia de los fenómenos naturales, o de la mala suerte, las externalidades negativas requieren ser reguladas a fin de conformar una comunidad política” (Papayannis, 2013, pág. 404).

De esta forma, es en el agente dañador –y no el Estado- en quien recae la obligación de compensar (Papayannis, 2013) y la justicia correctiva es un principio autónomo porque “no requiere que las instituciones distributivas sean perfectamente justas, sino que es suficiente con que no sean intolerablemente injustas. El propósito de la justicia correctiva no es preservar un patrón distributivo justo: es rectificar las intenciones injustas” (Papayannis, 2013, pág. 406).

“La cuestión cambia radicalmente si el Estado decide no implementar instituciones de justicia correctiva. En este caso estará obligado a brindar algún grado de compensación por mecanismos distintos de la responsabilidad extracontractual. Las sociedades pueden tener dos tipos de razones para desconocer la fuerza vinculante de la justicia correctiva: (a) podrían entender que cierto tipo de daños, por ejemplo los que se producen en actividades socialmente benéficas que repercuten negativamente sobre un sector específico de la comunidad, son una cuestión colectiva y, por lo tanto, propia de la justicia distributiva; (b) Podrían juzgar que la justicia correctiva en un contexto dado deja demasiadas víctimas sin compensar y que el Estado debe brindar una red de seguridad más amplia. Sea por la razón que fuere, las sociedades que no implementen un principio de justicia correctiva suelen ser menos liberales que las que sí lo hacen, porque la inherencia del Estado en los asuntos privados es mayor: el principio de división de la responsabilidad no es honrado plenamente” (Papayannis, 2013, pág. 407).

1.3.3. Otras teorías basadas en la justicia

1.3.3.1. La responsabilidad por los resultados de Anthony Honoré y Stephen R. Perry

Las posiciones de estos dos autores tienen algunas variaciones, sin embargo se expondrá la teoría de la responsabilidad por los resultados como un todo sin enfatizar en la exposición individual de cada autor.

Anthony Honoré describe los aspectos más importantes de la responsabilidad civil extracontractual en términos descriptivos, argumentando que el Estado está autorizado para

categorizar ciertas conductas como ilícitas, catalogar ciertos intereses como derechos y pedir una indemnización a los autores del ilícito basándose en consideraciones morales de justicia (Honoré, 2013).

De acuerdo con Honoré, el motivo por el cual ciertos tipos de conductas se convierten en ilícitos civiles, —tomando como referencia la explicación ofrecida por Hart a la existencia de los ilícitos penales—, consiste en que las autoridades que así lo establecen pretenden prohibir, disuadir e informar la responsabilidad que acarrea incurrir en esa conducta. Como particularidad de la responsabilidad civil, se tiene que en algunas ocasiones estas conductas indeseadas son una acción u omisión considerada incorrecta en sí misma y en otras ocasiones son una conducta de tipo potencialmente dañosa mediante la cual se causa un daño. Además, otro de los objetivos de esta institución es definir y dar contenido a los derechos de las personas protegiéndolas y creando un mecanismo para asegurarles una indemnización en caso de que sus derechos sean vulnerados (Honoré, 2013).

De esta forma, es necesaria la atribución de los perjuicios, la cual debe ser imparcial, recíproca, beneficiosa y universal para todas las personas que cuenten con un margen mínimo de libertad de acción. Así surge la imputación de las consecuencias dañinas de los actos culposos, sin embargo, también existe la responsabilidad sin valorar la conducta por los resultados, que implican riesgos especiales (Fabra Zamora, 2013).

La justificación de que una persona pueda reclamar una indemnización del autor del ilícito cuando sus derechos han sido violados debe reposar en un principio de justicia, ya sea el de la justicia correctiva, el de la responsabilidad por los resultados, el de la justicia distributiva, o la combinación entre justicia correctiva y distributiva, los cuales se concatenan de la siguiente forma: (i) la justicia correctiva justifica moralmente la rectificación de lo ocurrido a través de un acto de restablecimiento; (ii) la responsabilidad por los resultados, que proviene de la justicia correctiva, consiste en que las personas libres deben responder por las consecuencias de sus actos y omisiones cuando sean violatorias de las normas, es decir, cuando no exista justificación para infringir un daño; (iii) sin embargo, la justificación para imponer la responsabilidad por los resultados a quienes causan daños descansa en la justicia distributiva, al distribuir las pérdidas, las cargas y los riesgos; (iv) las justicias correctiva y distributiva deben ser combinadas respecto de la distribución de riesgos, puesto que la justicia correctiva no sería completamente justa si no tuviese en cuenta

la justicia distributiva, lo cual se puede evidenciar por ejemplo cuando una persona muy rica tiene una pretensión indemnizatoria contra una muy pobre y cuando el empleador desde responder por las actuaciones de sus empleados; (v) la justicia retributiva implica que debe existir correlación entre la gravedad de la conducta y la sanción impuesta; y (vi) desde el punto de vista de la justa distribución del riesgo, esta propuesta podría justificarse porque si todos los ciudadanos se ven beneficiados de la actividad estatal, entonces es justo que todos contribuyan al pago de los costos de los accidentes de la misma forma en que el empleador debe pagar por las actuaciones que realizan sus empleados, sin que sea una injusticia quitarle a la víctima el derecho técnico de demandar al agente (Honoré, 2013).

1.3.3.2. La teoría contractualista de Arthur Ripstein

Esta corriente combina las teorías de la justicia distributiva y de la justicia correctiva con el pensamiento de Kant y el de Rawls. Su punto de partida es la noción Rawlsiana del contrato social, que implica una diferenciación entre las responsabilidades individuales y las sociales, de acuerdo con la cual las primeras consisten en responder por los actos escogidos libremente y las sociales en lograr una justa distribución de los bienes primarios (Fabra Zamora, 2013).

En este escenario, la responsabilidad surge como consecuencia de la infracción al sistema de límites recíprocos a la libertad, lo cual sucede cuando se interfiere en ella, cuando se convierte al otro en un medio para lograr los propios fines, o se interfiere en los medios de los demás. En estas situaciones el transgresor está obligado a compensar para dejar a la persona en la situación inicial, como si ello nunca hubiera ocurrido (Fabra Zamora, 2013).

1.3.3.3. La teoría distributiva de Gregory C. Keating

Gregory C. Keating enmarca la propuesta de la reciprocidad de Fletcher en la teoría del contrato social de Rawls y es una teoría basada en la justicia distributiva. Tomando a Rawls y a Kant, indica que la propuesta del análisis económico del derecho se basa en una visión racional de la acción, que es cuando se ponen los intereses personales de una forma instrumentalmente inteligente; mientras que las teorías de la justicia —especialmente las de George P. Fletcher y Charles Fried—, son una manifestación de la actuación razonable, la cual restringe el interés personal y motiva a actuar según los principios justos de cooperación (Fabra Zamora, 2013).

Para Keating, es necesario plantear una tercera propuesta que supere los déficit presentes en las dos visiones expuestas. Bajo esta óptica, el autor propone el deber de cuidado como

fundamento de toda compensación, como un estándar de conducta compatible con el contrato social, como una imposición razonable del riesgo, y no racional. (Fabra Zamora, 2013).

1.3.3.4. La teoría del recurso civil de Jhon C. P Goldberg y Benjamin C. Zipursky

Esta teoría, a diferencia de las demás, “se enfoca en presentar la responsabilidad extracontractual no como la encarnación de un principio moral, sino como un recursos procesal” (Fabra Zamora, 2013, pág. 104).

Estos autores, junto con un cúmulo de académicos que los siguieron, se alinean con la justicia correctiva porque defienden las razones relativas al agente, al asegurar que la responsabilidad extracontractual no trata de la distribución de riesgos en la sociedad, sino de los ilícitos entre particulares (Fabra Zamora, 2013) Además, no comparten los postulados de la concepción estándar de la justicia correctiva, puesto que “el incumplimiento de un deber primario no genera en el dañador un deber de compensar, sino que genera una facultad en la víctima: la de acudir ante el Estado para reclamar la compensación” (Fabra Zamora, 2013, pág. 105).

En esta concepción el Estado es un intermediario necesario entre la víctima y el dañador, quienes no se relacionarían entre sí, si no por los recursos procesales y el Estado no puede imponer una condena oficiosamente, sino que es una respuesta a una actuación del demandante (Fabra Zamora, 2013).

Se critica que, si la compensación no rige la responsabilidad extracontractual, la teoría del recursos civil propendería por la venganza privada haciendo uso del poder coercitivo del Estado, o esta concepción sería simplemente una vertiente de la justicia correctiva, o tal vez se basa en la distinción básica entre acción y derecho sustantivo (Fabra Zamora, 2013, págs. 106-107).

1.3.3.5. Una teoría mixta

Algunos autores han incluido la posibilidad de mezclar las teorías economicistas con las teorías de la justicia. Esta iniciativa parte de la idea de que una institución tan compleja no puede ser explicada en su totalidad bajo un único principio (Fabra Zamora, 2013).

Samuel Scheffler es uno de los proponentes de una teoría mixta, la cual toma el principio de maximizar las razones neutrales al agente de acuerdo con lo expuesto por los consecuencialistas y propone dos limitaciones a este principio provenientes de la crítica no consecuencialista, la cual

señala que ese deber exige demasiado a los individuos, desconoce sus diferencias, sus relaciones y sus derechos inviolables (Fabra Zamora, 2013).

La primera limitación consiste en la incorporación de situaciones en dónde expresamente se le prohíbe al agente maximizar, como por ejemplo no sacrificar sus derechos fundamentales en pro de la utilidad común. El segundo límite son prerrogativas centradas en el agente, cuando se le permite no producir la mejor consecuencia por razones de preferencias, vínculos familiares, o razones interpersonales (Fabra Zamora, 2013).

Fabra Zamora (2013) realiza otra propuesta de teoría mixta fundamentada en la idea de que por regla general, la justicia correctiva proporciona una justificación a la mayoría de los casos de responsabilidad civil extracontractual, sin embargo, existe un cúmulo de supuestos en nuestro ordenamiento que se salen de este espectro y pretender guiar la conducta por razones de eficiencia.

2. Fundamentos jurídico políticos de la responsabilidad civil del Estado en el Estado social y democrático de derecho

En la primera parte de este capítulo se expusieron las teorías filosóficas que sustentan la responsabilidad civil desde una perspectiva general, es decir, no orientada únicamente hacia la responsabilidad estatal, sin embargo esta reflexión es necesaria e ilumina nuestro campo de estudio.

Ahora, de forma más situada, lo que corresponde es evidenciar cuáles son los componentes del Estado que fundamentan la responsabilidad, pues las relaciones entre los particulares no se equiparan a las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. En especial porque a pesar de que hay ocasiones en las que estos se encuentran casi en un plano de igualdad, no hay que olvidar las prerrogativas con las que cuenta el Estado y especialmente, es necesario tener presente que al ente público no solo le compete la obligación de no dañar al otro, sino que el Estado por naturaleza es el garante de la seguridad y los derechos de las personas, agregando un importante cúmulo obligacional y una motivación adicional y diferenciada de su responsabilidad patrimonial.

Toda esta fundamentación adquiere una mayor relevancia si se tiene en cuenta que la responsabilidad del Estado es una institución particularmente relacionada con el modelo de Estado vigente, el cual es el Estado social de derecho, por tratarse de una institución jurídica que hace

parte del sistema de controles robustos sobre el ejercicio del poder público, que debe actuar dentro de un marco jurídico previamente definido como garantía de los derechos de los ciudadanos.

Teniendo en cuenta lo señalado, en los renglones siguientes se desentrañará la evolución histórica del Estado social y democrático de derecho con el propósito de resaltar la importancia de una institución como la estudiada, se expondrán algunos de sus contenidos esenciales y algunos aspectos de la organización político jurídica colombiana en los que se fundamenta la responsabilidad del Estado.

2.1.1. Antecedentes

En el Estado social y democrático de derecho existen dos aproximaciones históricas en torno al sistema de controles y responsabilidad del Estado. Una mayoritaria que sostiene que antes del Estado de derecho existía una irresponsabilidad absoluta de este como institución, así como de los gobernantes; y una vertiente minoritaria que arguye que los controles son un asunto que ha atravesado —bajo diferentes manifestaciones— la historia jurídico política de occidente, de forma tal que ha habido un avance histórico progresivo respecto a la superación de la arbitrariedad.

Para los primeros el punto de inflexión es el fallo blanco del Tribunal de Conflictos francés, mientras que la segunda postura se aparta de esta idea señalando que no es cierto que el modelo francés de controles y responsabilidad sea el primero ni el único que ha influenciado al ordenamiento jurídico colombiano.

2.1.1.1. Versión mayoritaria

De acuerdo con una visión mayoritaria de la evolución de la responsabilidad estatal, sus etapas son (i) la irresponsabilidad total hasta la segunda mitad del siglo XIX; (ii) la responsabilidad por falla en el servicio después del Fallo Blanco en 1973 y (iii) la etapa actual, en la cual existe la responsabilidad con culpa y sin ella. Para estos doctrinantes las teorías de la responsabilidad estatal son recientes porque inicialmente se asimilaron a la responsabilidad civil privada y en lugar de aplicarse al Estado como ente abstracto, se aplicó sobre los funcionarios públicos (Jiménez, 2013).

De acuerdo con Jiménez (2013), la etapa de la irresponsabilidad se origina en la noción romana de imperio, en la teoría de las dos espadas, en la confusión de lo público y lo privado durante la edad media, en las teorías contractualistas y en la soberanía de las monarquías absolutistas y policivas de los siglos XVI a XVIII, factores que se explicarán a continuación.

Durante la República románica y griega, es decir antes del imperio romano, la responsabilidad estatal no era un instituto muy importante y se piensa que se asimilaba a la responsabilidad civil. Con el establecimiento del imperio, el emperador concentró potestades de todo tipo, pregonando su superioridad e infalibilidad que no admitía responsabilidad por sus actos (Jiménez, 2013, pág. 65).

Durante la Alta Edad Media (siglos VI a X) los pueblos de origen germánico instauraron una visión privilegiada del derecho privado sobre el derecho público, y a pesar de no ser un derecho codificado, se piensa que no existía la responsabilidad institucional —tal vez si personal— del rey ni de sus vasallos, por ser un momento que se caracterizó por la confusión entre los bienes del monarca y del reino y entre las prerrogativas personales y las potestades reales. Régimen que se transmitía del rey a los señores feudales (Jiménez, 2013).

Durante la Baja Edad Media (siglos XI al XV) con la cristianización, el surgimiento de las universidades y la escolástica, se redescubrió el derecho romano, materializándose la Teoría de las Dos Espadas que propugnaba por la conciencia sobre la existencia de dos poderes que derivan del poder de Dios: el terrenal y espiritual, representados respectivamente en el emperador y en el papa, los cuales se complementan (Jiménez, 2013, pág. 66).

Luego nacen los Estados nación europeos en el siglo XVI cuando los reyes de Francia, Inglaterra y España centralizaron el poder, surgiendo las monarquías absolutas e irresponsables por sus actos ante los súbditos, puesto que el gobernante estaba habilitado para emplear medios de toda clase para mantener el principado, siendo esta una forma de organización política apoyada por los teóricos de la época como Maquiavelo, Bodin y Hobbes⁸ (Jiménez, 2013).

“En esta concepción, el soberano es por antonomasia, irresponsable ante los demás, solo se reconoce a sí mismo. Tres atributos o características de la soberanía completan su carácter: 1) Es absoluta, pues el soberano hace la ley y no está sometido a esta; 2) Es perpetua, no está asignada por un tiempo determinado, y 3) Es indivisible, no se

⁸ “Para salvarse, los hombres deben renunciar irrevocablemente a los derechos que cada uno posee en la naturaleza y realizar un pacto voluntario en el cual constituyen la voluntad única de un tercero que va a sustituir la voluntad de todos y a representarlos a todos (aparece Leviathan); esto conduce a conferir poderes exorbitantes al Estado para que pueda preservar la seguridad y la protección de los súbditos” (Jiménez, 2013, págs. 67-68).

debe compartir. Aunque el soberano podría ser un rey, una aristocracia o una asamblea popular” (Jiménez, 2013, pág. 67).

Dentro de esta cadena de sucesos la teoría de la responsabilidad surge con el fin del absolutismo y el comienzo del Estado de Derecho, el cual, de acuerdo con Houriou, se rige por dos principios (Jiménez, 2013): “a) Que el Estado actúe, pero sujeto a la ley (principio de legalidad) y, b) Que el Estado actúe, pero que pague los perjuicios ocasionados (principio de responsabilidad)” (Jiménez, 2013, pág. 68).

Aunque existía anteriormente el derecho, este cambio de paradigma con la teoría de que el poder se origina en el pueblo y de que la actuación de los agentes estatales debe estar sometida a la ley, de forma tal que ya no pueden disponer de manera arbitraria. De esta forma, la responsabilidad estatal se entiende como una consecuencia del principio de la legalidad formulada principalmente en el fallo blanco del tribunal de conflictos francés, proferido en 1973 (Jiménez, 2013, pág. 68).

“Las consecuencias de este fallo pueden resumirse así: 1) Se reafirmó de manera expresa el principio de responsabilidad del Estado por los daños causados por los servidores públicos a particulares; 2) Se estableció el carácter especial de esta responsabilidad, la cual no puede ser general ni absoluta; 3) La responsabilidad de la Administración no podía tener fundamento en los principios del Código Civil; 4) Las reglas de esta responsabilidad se basan en las particularidades del servicios público y la conciliación de los derechos generales con los particulares, y 5) Los procesos originados en este tipo de responsabilidad se resolverían en la justicia administrativa. Sobre este último punto vale recordar el proceso de emancipación de las controversias administrativas, las cuales fueron pasando desde los despachos puramente administrativos (el ministro juez) hacia instancias judiciales especializadas en dichos asuntos, es decir, se origina la jurisdicción administrativa” (Jiménez, 2013, pág. 70).

Los fenómenos históricos y políticos que dieron lugar a la responsabilidad estatal fueron las ideas liberales anti absolutistas; la ilustración; la censura a los privilegios; la situación de hambre, pobreza, colonialismo, malas cosechas, inflación y monopolio, que llevaron a la revolución inglesa (1688), la revolución francesa (1789), los movimiento de independencia en Estados Unidos (1776) y en Latinoamérica a partir de 1810 por la influencia de las ideas

contractualistas de Locke, Montesquieu, Rousseau y Sieyès. Igualmente el constitucionalismo moderno en pro de la limitación y racionalización del ejercicio del poder atendiendo a los principios de la división de poderes, la soberanía nacional o popular y la garantía de los derechos y libertades individuales. Posteriormente, vienen a ocupar un importantísimo lugar la declaración de independencia y la Constitución de Estados Unidos (1776 y 1778 respectivamente), así como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa (1789), textos en los que se reflejan las ideas anteriores y en los cuales existe claramente la responsabilidad (Jiménez, 2013).

En desarrollo de esta institución, en una primera etapa (siglo XX) se aplicó el derecho civil como marco de la responsabilidad estatal adaptando los conceptos de la culpa *in eligendo* y de la culpa *in vigilando*, hasta que con el fallo blanco se habló del derecho administrativo y su jurisdicción especial (Jiménez, 2013).

2.1.1.2. Versión minoritaria

A diferencia de lo expuesto anteriormente, de acuerdo con la propuesta del Profesor Malagón (2012), durante toda la historia ha habido esfuerzos, aunque sea incipientes, de contener el ejercicio del poder. De acuerdo con lo anterior, si bien es cierto el paradigma francés de control administrativo ha marcado un hito en la historia occidental de la humanidad, no hay que olvidar que el sistema de controles de nuestro sistema jurídico se nutre de prototipos provenientes de distintos lugares.

Particularmente en Colombia ha habido cuatro modelos de control administrativo durante los dos siglos comprendidos entre los años 1811 y 2011: el modelo de la ciencia de la policía, el modelo de control político, el modelo mixto y el modelo del judicialismo, como se expondrá brevemente a continuación, haciendo énfasis en su influencia en el derecho colombiano.

En el modelo de la ciencia de la policía la evolución empieza con la distinción entre las competencias de policía y de justicia en el medioevo, época en la cual también existían instituciones representativas del rey sin funciones de juzgamiento a las cuales él debía oír⁹ (Malagón Pinzón, 2012, págs. 23-24).

⁹ En la edad moderna Francia dividió la función judicial entre el rey y el parlamento, a lo que sobreviene el nacimiento del Consejo de Estado y Finanzas. En Alemania justicia y policía también eran funciones diferentes aunque tenían una relación de complementariedad en cuanto a la seguridad interior (Malagón Pinzón, 2012, págs. 25-29).

Por su parte, en América Latina durante el régimen de la colonia española se presentaba una acumulación de funciones en varias autoridades como fenómeno propio del absolutismo, sin perjuicio de que sí se distinguía entre asuntos de gobierno (superior y ordinario) atribuidos al Consejo de Indias y asuntos de justicia referidos principalmente a temas de derecho privado, los cuales estaban en manos de las audiencias (Malagón Pinzón, 2012).

Es así como, el recurso colonial de agravios proveniente de los países germánicos, y no propiamente de España, es el antecedente más remoto en nuestro país de las acciones contenciosas modernas. Igualmente, la corona española creó las Reales Audiencias de Hispanoamérica para revisar si los actos políticos eran dictados de conformidad con las leyes y estudiar si se había vulnerado el status de un particular (Malagón Pinzón, 2012).

Las constituciones de Tunja (1811), Cartagena (1812), Antioquia (1812), Mariquita (1815) y Cúcuta (1821) evidencian que este modelo colonial tuvo cierta continuidad durante el inicio de la república en el constitucionalismo independentista colombiano (Malagón Pinzón, 2012).

Por otro lado, el modelo de control político surge porque en Europa, durante la primera mitad del siglo XIX, el poder legislativo se convirtió en el poder soberano que prima sobre las otras ramas del poder público y conforme a ello ejercía funciones de control de constitucionalidad y de legalidad. En Colombia surgió por influencia del Aerópago Griego¹⁰, instituciones anglosajonas¹¹, aspectos del sistema estadounidense¹² e ideas italianas¹³ y francesas¹⁴ (Malagón Pinzón, 2012).

¹⁰ El Aeropago griego actuaba como un Senado conservador para defender las leyes fundamentales y mantener el equilibrio entre las distintas fuerzas políticas (Malagón Pinzón, 2012, pág. 72).

¹¹ Si se mira la obra de Carl Schmitt y John Locke, en Inglaterra surge la idea moderna de un guardián de la Constitución y la ley para defender la libertad, incluso con competencias judiciales (Malagón Pinzón, 2012, pág. 73).

¹² El Consejo de Censores creado por la Constitución de Pensilvania de 1776 se encargaba de indagar si la Constitución se mantenía inviolada y si todas las ramas del poder público estaban cumpliendo con sus funciones (Malagón Pinzón, 2012, pág. 75).

¹³ “El autor Italiano *Gaetano Filangieri*, detectó “la necesidad de un censor de las leyes, que debería ser una magistratura con competencias solamente consultivas (...). Debía acabar con los desórdenes que producían las leyes (Malagón Pinzón, 2012, pág. 76).

¹⁴ El pensador francés *Sieyès*, planteó la necesidad de crear un jurado constitucional, cuyos miembros fueran elegidos de los Consejos de Ancianos y del poder legislativo que suponía un recurso o acción público o popular para demandar las leyes, con la única limitación de una multa que se debía imponer cuando no hubiera motivo de reclamación, lo cual fue acogido por Napoleón (Malagón Pinzón, 2012).

Por eso las constituciones de Tunja (1811), Cundinamarca (1811), Cartagena (1812), Popayán (1814) y Mariquita (1815) radicaron en el Senado la competencia para resolver los contenciosos objetivos, dándole el cometido de preservar la supremacía del texto fundamental y de los derechos de los ciudadanos (Malagón Pinzón, 2012).

En tercer lugar, el modelo mixto de control administrativo corresponde a la suspensión de leyes y actos administrativos de carácter general enraizado en el derecho colonial español, en consideración a que convergen facultades de las tres ramas tradicionales en las que se divide el poder público. Normalmente el Congreso, o solo el Senado, confirmaba o revocaba la decisión adoptada por el ejecutivo o por la Corte Suprema de Justicia (Malagón Pinzón, 2012).

En nuestro país, durante el período colonial, la suspensión era conocida como ‘se obedece pero no se cumple’. Esta figura nace en el derecho castellano bajo medieval como un intento centralizador de la monarquía frente a los municipios y las cortes. Así, se suspendían los efectos de las disposiciones reales cuando éstas eran contrarias a las normas municipales o de las cortes, hasta que el rey tomara una decisión definitiva (Malagón Pinzón, 2012).

Durante la independencia la Constitución de 1932 no contempló la figura del control de constitucionalidad de las leyes ni del Senado de censura, mientras que en la Carta de 1843 se mantuvo el modelo mixto en el que el ejecutivo suspendía los actos de las entidades territoriales, el poder judicial aprobaba esa suspensión y el Congreso anulaba. También adoptaron modelos mixtos de control la Constitución de 1858, 1863 y 1886 (Malagón Pinzón, 2012).

En cuarto término surgió el modelo judicialista, de acuerdo con el cual las actuaciones de la administración se encausan a través el juez de derecho común. Fue así como en Colombia se adaptó este modelo a partir del arquetipo colonial español y el paradigma estadounidense de la Corte Suprema de Justicia, que tuvo una doble naturaleza desde mediados del siglo XIX hasta el año 1913. Bajo este paradigma rigieron las constituciones de 1843, 1853, 1963 y 1886 (Malagón Pinzón, 2012).

Finalmente, el modelo de la jurisdicción especial, cuyo mayor exponente es Francia, se remonta en ese país al año 1790, cuando los revolucionarios buscaron neutralizar el poder judicial excluyendo su control de las actividades administrativas, a partir de lo cual surgió el Consejo de Estado como organismo creado por Napoleón para asesorar al Gobierno, el cual se constituyó

como jurisdicción independiente en 1972, ubicada dentro de la rama ejecutiva, entendiendo que juzgar a la administración también es administrar (Malagón Pinzón, 2012). Al respecto es pertinente recordar el conocido fallo blanco proferido por el Tribunal de Conflictos francés en 1973, el cual —como quedó expuesto— se pronunció sobre el principio de autonomía del derecho administrativo, el juez contencioso administrativo como el competente para juzgar al Estado y el carácter jurisprudencial del derecho administrativo (Ruiz Orejuela, 2011).

A la influencia española ya referenciada se suma que a finales de la última década del siglo XX existían superintendencias que asumieron funciones judiciales copiadas del modelo estadounidense y posteriormente Colombia copió el modelo francés en 1913, pero ubicando a la jurisdicción contenciosa por fuera del ejecutivo. Estos dos aspectos continúan estando vigentes (Malagón Pinzón, 2012).

2.1.2. Contenidos esenciales del Estado relativos a la responsabilidad estatal

Como se señaló, el control es una institución que ha perdurado en el tiempo, no obstante ha sufrido importantes transformaciones. El motivo por el cual la responsabilidad patrimonial del Estado surge con un ímpetu particular en el marco del Estado de derecho y adquiere una importancia mayúscula en el posmoderno Estado social y democrático de derecho, es porque es allí donde se resalta la importancia de encuadrar jurídicamente el ejercicio de los poderes públicos, con el propósito de que estos se vuelquen sobre su fundamento último, el cual es el reconocimiento, la promoción y la garantía de la dignidad humana como eje institucional.

Desde la perspectiva naturalista del liberalismo clásico contractualista, los asociados, quienes se constituyen como el poder soberano, otorgan un mandato creando un poder ordenador de la vida común que les proporciona seguridad y bienestar, de tal forma que al Estado le está vedado trasgredir los límites de ese mandato, el cual está contenido en la Constitución, y en caso de causar un daño a un ciudadano estará obligado a responder. Es así como se crearon los principios de legalidad¹⁵ y de supremacía constitucional¹⁶.

¹⁵ “Las actuaciones de todos los habitantes del territorio, tanto gobernantes como gobernados, quedan sometidas únicamente al imperio de la ley. De esta manera, la ley, entendida como la expresión de la voluntad general, pasa a ser el único criterio de identificación del derecho válido. Se supone que ella despersonaliza el poder, con sus características de generalidad, impersonalidad, obligatoriedad y coercibilidad” (Quinche Ramírez, 2013, pág. 25).

¹⁶ “La histórica decisión la Corte Suprema declara que Estados Unidos es un gobierno de leyes, dentro del cual la Constitución es suprema. Supremacía que viene dada por su origen popular, por su status de permanencia en el tiempo,

Es importante resaltar que el Estado de Derecho, en el cual reina el principio de legalidad, se caracteriza porque todos son gobernados por el derecho, de tal forma que existe certeza jurídica y una barrera infranqueable entre los ciudadanos y el poder. Por su parte, el Estado Constitucional engloba los siguientes contenidos: la Constitución como norma jurídica de directa aplicación y exigibilidad y que somete y determina la vigencia de las otras normas, produce como efecto la constitucionalización del derecho y debe manifestarse en la interpretación constitucional y en la excepción de inconstitucionalidad. Además, al Estado de derecho se le suma que se crea una red de múltiples controles interorgánicos, se reconocen plenamente los derechos de las personas y se establecen mecanismos eficaces para garantizarlos (Quinche Ramírez, 2013).

A esto se agrega que como es bien sabido, una de las más insignes garantías existentes en el Estado de derecho es el principio de la división de poderes, pues al asignar constitucionalmente distintas funciones a los órganos del poder público, se genera un sistema de controles mutuos (Páez Murcia, 2005).

Sin embargo, a pesar de que el propósito es que a través de este entramado interorgánico se logre controlar todos los órganos y el ejercicio de todas las funciones públicas, lo cierto es que por razones históricas el centro de atención ha sido el control de la administración pública, de una parte por haber sido durante mucho tiempo la forma como el Estado se relacionaba con los ciudadanos de manera más cercana directa y visible, y de otra parte por ser la rama del poder público que a través del tiempo ha ostentado mayores prerrogativas y acumulación de poder, creando una relación asimétrica y de vulnerabilidad con el ciudadano.

Al analizar la responsabilidad del Estado con la lupa del Estado de Derecho, el cual implica el sometimiento eficaz del poder público al ordenamiento jurídico, se entiende que, por ejemplo, la declaratoria de inexecutable de una ley es una forma de responsabilizar al Estado, cuya reparación se realiza *in natura* al ser expulsada del ordenamiento jurídico. Esta ilustración sirve para evidenciar la tendencia expansiva de la responsabilidad en beneficio de las víctimas y como

por su carácter fundamental y fundacional tanto de la comunidad política, como de los poderes públicos que la rigen. Que por todo esto, la Constitución establece el alcance y límites de éstos últimos, y en últimas, ha de ser escrita” (Quinche Ramírez, 2013, pág. 18)

“La subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión sustancial no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia, para la que representa un límite, a la vez que la completa” (Ferrajoli, 2003, pág. 19, citado por Quinche Ramírez, 2013, pág. 27).

consecuencia de una presencia cada vez mayor del Estado a nivel social con nuevas formas de actuación pública (Ospina Garzón, 2015).

“El Estado de derecho sigue también la cambiante y multiforme actividad pública; incluso en aspectos en los que la actividad no ha sido regulada por las normas, el Estado de derecho se pondrá en práctica mediante la responsabilidad” (Ospina Garzón, 2015, pág. 18).

Como quedo sustentando, la responsabilidad del Estado, como una institución que hace parte del gran paradigma del control que ha de ejercerse al ejercicio del poder público por parte del Estado, es un asunto de máxima importancia en el Estado social y democrático de Derecho.

Por eso, a continuación se expondrán desde una perspectiva teórica y normativa los aspectos del Estado social y constitucional de derecho que sirven como fundamento de la responsabilidad del Estado y que reflejan la centralidad del orden jurídico político en la persona humana, la división de poderes, la justicia vista desde la óptica del acceso, el valor de la solidaridad, el derecho humano a la reparación integral, la integridad del patrimonio y la cláusula general de responsabilidad, entre otros.

2.1.2.1. El Estado como centro de imputación jurídica

La figura de la personalidad jurídica del Estado sirve como criterio para explicar la atribución de responsabilidad porque “se presenta como una explicación orgánica de la responsabilidad civil extracontractual, pues esta subjetivización —que a la vez refleja una realidad colectiva y una construcción jurídica— presenta una utilidad evidente cuando el ejercicio del poder causa daños antijurídicos” (Rincón Córdoba, 2015, pág. 138).

Para entenderlo mejor, vale la pena tener en cuenta las siguientes acepciones de Estado: (i) es la sociedad que lo conforma; (ii) es uno de los elementos que lo conforman, dentro de los que se encuentran el poder político, el territorio y el pueblo; (iii) es la rama ejecutiva; (iv) es objeto y sujeto de derecho, objeto por el ejercicio de la soberanía y sujeto como colectividad que se relaciona en el ámbito internacional; y (v) la totalidad del ordenamiento jurídico (Rincón Córdoba, 2015).

Como lo sostiene la doctrina española, la personalidad jurídica le da viabilidad al principio de separación de poderes. Además, la unidad del Estado es un reflejo de la soberanía popular convirtiendo al Estado, que actúa a través de un entramado de órganos, en un centro de imputación

de intereses y responsabilidades. Así, aunque comúnmente se identifique a la administración con la personalidad jurídica, el obrar de las otras ramas del poder público también permite imputar responsabilidad (Rincón Córdoba, 2015).

“En este contexto, es el mismo Estado el que mediante la función de organización determina su vinculación al ordenamiento jurídico al que se ata creando una estructura compleja mediante la cual no solo asigna las competencias, sino también crea fórmulas patrimoniales y distribuye el deber de responder. Esto ocurre porque esta persona jurídica se identifica también con el concepto mismo de ordenamiento jurídico, pues su existencia se identifica precisamente en la necesidad de regular relaciones sociales en las que él puede participar” (Rincón Córdoba, 2015, pág. 138).

Para explicar la personalidad jurídica del Estado, inicialmente se tomó la noción de la representación legal del derecho privado, la cual es ostentada por los servidores públicos, como en efecto se entiende hoy del ordenamiento jurídico. Sin embargo, esto no fue suficiente, razón por la cual se originó la teoría del órgano (Rincón Córdoba, 2015).

La teoría del órgano, surgida en el siglo XIX, buscó superar las dificultades de la representación legal, consistente en que no solo los representantes, sino cualquier servidor puede comprometer la responsabilidad; que a diferencia de una sociedad comercial, el Estado tiene un objeto generalizado y no limitado; que el Estado debe responder incluso cuando sus funcionarios actúen por fuera de lo previsto en el ordenamiento jurídico; y que la lógica de la representación legal no se adapta muy bien a las funciones legislativas y judiciales. El órgano se convierte en la célula básica de la organización (Rincón Córdoba, 2015).

2.1.2.2. *La justicia vista desde la óptica del acceso*

La lucha contra las inmunidades del poder implica la plenitud del control jurisdiccional sobre todos los conflictos jurídicos, dentro del cual se enmarca el sistema de protección constitucional de los derechos procesales de las partes en los juicios. En este sentido, la administración de justicia es un servicio público en el cual existen tribunales independientes e imparciales, quienes solucionan pacíficamente los conflictos jurídicos que conocen en el marco de unas garantías procesales previamente establecidas por el ordenamiento jurídico (Araújo Oñate, 2011).

La justicia, vista desde el ángulo del acceso, es un valor, un concepto estructural y organizacional y un derecho fundamental, al igual que la tutela judicial efectiva, que conlleva unas garantías judiciales. En el ordenamiento jurídico colombiano superior está prevista como un valor en el preámbulo; como un concepto estructural en el artículo 116 y en el título VIII sobre los órganos que administran justicia; y el derecho a que se imparta justicia está consignado en los artículos 228, 229 y 230 de la Carta, en concordancia con el artículo 29 sobre el derecho fundamental al debido proceso. Todo esto integrado por el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece una serie de garantías judiciales y con el artículo 25 del mismo instrumento, que contiene el derecho a la tutela judicial efectiva a través de la existencia de recursos judiciales efectivos, relación resaltada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1195 de 2011, que señala que esta se fundamenta en el principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial sobre el derecho formal (Araújo Oñate, 2011).

Es así como la tutela judicial efectiva es un mandato dirigido a quienes ejercen función administrativa, consistente en “respetar los derechos públicos subjetivos e intereses legítimos de los ciudadanos” (Araújo Oñate, 2011, pág. 271), acudiendo ante los jueces

“para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes” (Araújo Oñate, 2011, pág. 254).

2.1.2.3. La solidaridad

La solidaridad es uno de los pilares del Estado de derecho clásico, puesto que se asocia con la fraternidad, el cual es uno de los elementos del tradicional lema de la Revolución francesa.

El concepto normativo de solidaridad se remonta al derecho romano que establecía una responsabilidad solidaria de los miembros de la familia, sin embargo, su uso político se produjo a principios del siglo XIX con la Revolución Francesa, a pesar de lo cual la fraternidad o solidaridad no ha sido tan desarrollada como la libertad y la igualdad (Arango, 2013).

La solidaridad en sentido normativo es un principio político jurídico fundamental en un Estado Social de Derecho, porque permite la realización de una democracia social y dotar de contenido fundamental los derechos sociales. Así, en los sistemas actuales la solidaridad es

entendida como la responsabilidad común en cuanto a la justicia social, de tal manera que los ciudadanos no solo deben respetar las libertades de los demás, sino que también se deben ayuda recíproca para que se garantice el goce efectivo de las libertades básicas de todos (Arango, 2013).

Existen distintas teorías políticas de la solidaridad, que se pueden clasificar en dos grandes categorías: (i) las visiones instrumentales para asegurar otros fines y (ii) las teorías que le dan a la solidaridad un carácter deontológico al ser parte del ideal universal de justicia¹⁷. Al final, el concepto normativo de solidaridad, asociado a la igualdad y tomando a Kurt Bayertz (1998) expresa que para que exista una justicia social que asegure la independencia de todos los seres humanos, las prestaciones sociales no deben ser vistas como una ayuda social, sino como compensaciones por daños o lesiones a derechos. Bajo esta perspectiva la solidaridad puede ser concebida como *responsabilidad común ante la injusticia estructural* (Arango, 2013).

De acuerdo con esta concepción, tomada de Iris Marion Young (2011), la responsabilidad individual por los propios actos es complementada por la responsabilidad por aquellas situaciones estructuralmente injustas que no pueden recaer sobre alguien en particular y son vistas como normales, como el caso de las catástrofes naturales o como los efectos dañinos colaterales de decisiones bien intencionadas no individualizables. Es ahí donde radica la razón por la cual la colectividad, entendida como la comunidad política, debe ayudar a los afectados por situaciones que no les son atribuibles, como una forma de solidaridad universal, la cual debe tener un carácter subsidiario con el propósito de proteger la autonomía, la responsabilidad personal y la justicia retributiva en las relaciones sociales (Arango, 2013).

Cuando la injusticia estructural es corregida a través del Estado social de derecho y la teoría de los derechos, se está en presencia de una democracia social, la cual “se diferencia de la democracia liberal representativa (Locke 2004; Mill 2007), de la democracia republicana (Pettit

¹⁷ En primer lugar, en Francia, de acuerdo con el pensamiento jacobino y de Leon Bourgeoise, la solidaridad equilibra los valores revolucionarios contraponiendo los deberes frente a los derechos. Por su parte, lo movimiento sociales y obreros de principios del siglo XX radicalizan la tendencia implantada en la Declaración de los derechos del hombre (1793) de que las personas que se encuentran en una situación desfavorecida puede exigir del Estado su derecho a la subsistencia si es que no puede proveérsela por a sí misma. Una segunda tendencia de pensamiento, representada por la doctrina social de la Iglesia y por el alemán Lorenz Von Stein, asocia la atención a los desfavorecidos con el cumplimiento de deberes religiosos o como un medio para neutralizar la revolución, como una de ayudar a los pobres. De otro lado, Habermas expone una concepción universalista de la solidaridad que trascienda los límites de las comunidades particulares, de acuerdo con la cual “la igualdad de trato de personas autónomas requiere además justicia entre iguales”. Desde otra perspectiva, para los autores adscritos al marxismo analítico y al feminismo la solidaridad es una forma de lucha contra la dependencia, la presión y la injusticia social (Arango, 2013).

1999; Bellamy 2007) y de la democracia deliberativa (Nino 1997; Habermas 1999)” (Arango, 2013, pág. 49).

Para continuar con la misma idea, Arango (2013) señala que “la progresiva inclusión de derechos sociales, económicos, culturales y ambientales en las constituciones de finales del siglo XX y principios del siglo XXI evidencia una progresiva realización de la solidaridad en los ámbitos local e internacional”.

Esta postura ha sido encarnada por la Corte Constitucional, quien ha señalado que “en el Estado Social de Derecho, el principio de solidaridad cumple la función de corregir sistemáticamente algunos de los efectos nocivos que tienen las estructuras sociales y económicas sobre la convivencia política a largo plazo” (Sentencia T-520, 2003) y que “la solidaridad, como tercer pilar del Estado Social de Derecho, es un principio fundamental que apunta a las obligaciones que se imponen al Estado y a la sociedad frente a las personas que por razones individuales o estructurales, no están en condiciones de satisfacer de manera autónoma sus requerimientos vitales” (Sentencia C-793, 2009).

Otro planteamiento indica que la solidaridad da lugar a la indemnización sin responsabilidad (Truchet, 2015, pág. 329). De otra parte se expone una idea novedosa según la cual en temas como la solidaridad y las obligaciones tributarias se instituye una especie de responsabilidad en cabeza de los ciudadanos a favor de la administración.

El pueblo colombiano estableció en su Constitución Política (artículo 1º) que el Estado social del Derecho se funda en la solidaridad, la dignidad humana y el trabajo; es un deber de todos los colombianos (artículo 95 numeral 2º); es un principio del saneamiento ambiental (artículo 49), un principio de los gastos en servicios públicos la Nación y las entidades territoriales (artículo 356) y un principio de los servicios públicos entre domiciliarios (artículo 367); además, de la solidaridad se desprenden la función social de la propiedad y de la empresa (artículos 58 y 33), las obligaciones tributarias (artículo 95 numeral 9º) y la protección de las riquezas culturales de la nación (artículo 8º).

La Corte Constitucional ha decantado el carácter fundacional del principio de la solidaridad –junto con la dignidad humana y el trabajo–, enfatizando en que se trata de un pilar fundamental del Estado de Derecho, cuya naturaleza es la de ser un principio que debe ser ponderado con otros

principios fundamentales, como por ejemplo el de la libertad individual y social (Pimiento, 2016). Además se podría entender que

“la jurisprudencia de la Corte Constitucional lo asume como un estándar de conducta particular o de política pública, de contenido limitado, cuya esencia la constituye el auxilio o la ayuda a personas que se encuentren en condiciones de indefensión ante las circunstancias o riesgos de la vida en comunidad, que explica o justifica determinada concepción del gasto público social y que puede llegar, incluso, a genera, si así lo desea el legislador, la asunción de la obligación de reparar determinados daños” (Pimiento, 2016, pág. 25).

Como fundamento del Estado social de Derecho, se tiene que “en un Estado laico no puede haber un modelo ético privilegiado” (Sentencia C-459, 2004). “La solidaridad se despliega como columna vertebral para la articulación de voluntades en el propósito común de convivencia pacífica, desarrollo social y cultural y construcción de nación” (Sentencia C-459, 2004).

“Ha sostenido esta Corporación que la solidaridad es un valor constitucional que en cuanto fundamento de la organización política presenta una triple dimensión, a saber: (i) como una pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar las personas en determinadas ocasiones; (ii) como un criterio de interpretación en el análisis de las acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenacen los derechos fundamentales; (iii) como un límite a los derechos propios” (Sentencia C-459, 2004).

La Corte Constitucional ha manifestado que, por regla general, solo la ley puede exigir al ciudadano el cumplimiento de los deberes constitucionales, —los cuales son restricciones a la libertad física o económica—, y excepcionalmente, el juez de tutela tiene la facultad de exigirlos directamente sin que exista una ley que lo desarrolle cuando, entre otros eventos, su incumplimiento por un particular vulnere o amenace los derechos fundamentales de otra persona, de tal forma que el juez de tutela está habilitado para intervenir de manera transitoria cuando se demuestre el incumplimiento del deber y la inminencia del daño (Senencia T-125, 1994).

En particular, “la solidaridad como modelo de conducta social permite al juez de tutela determinar la conformidad de las acciones u omisiones particulares según un referente objetivo,

con miras a la protección efectiva de los derechos fundamentales” (Sentencia T-125, 1994). Esta postura ha sido reiterada en decisiones posteriores¹⁸.

Una forma de dotar de efectividad al deber de solidaridad contenido en el artículo 95 constitucional es a través de las cargas tributarias conforme a la capacidad de los contribuyentes por medio de las cuales se soportan y financian las cargas públicas (Sentencia C-333, 1993), “pues el sistema tributario es el efecto agregado de la solidaridad de las personas” (Sentencia C-150, 1997).

El deber de solidaridad de los particulares no es absoluto y en consecuencia tiene algunas excepciones. Por ejemplo, en el sistema de salud, cuando la entidad prestadora no proporciona los servicios no POS requeridos por un paciente —como por ejemplo el traslado a un lugar— y se demuestra que ni él ni su familia cuentan con los recursos necesarios para acceder al servicio, se abre la posibilidad de que el Estado lo financie (Sentencia T-350, 2003).

De forma general, en los inicios de las juicios de responsabilidad objetiva del Estado, el Consejo de Estado sostuvo que el fundamento de todos los regímenes de responsabilidad objetiva es la solidaridad, hasta llegar al extremo (Pimiento, 2016), “al menos desde el punto de vista teórico, que el Estado sería responsable por todos los daños que se pudieren producir al interior suyo, como una especie de garante universal” (Pimiento, 2016, pág. 20).

Los ámbitos en los cuales ha sido empleado como mandato de optimización por la Corte Constitucional son los siguientes: (i) víctimas de la violencia¹⁹, (ii) gasto público social, (iii) deber

¹⁸ Ver Sentencias T-520 de 2003 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y T-1125 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-170 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

¹⁹ Al estudiar la jurisprudencia del Consejo de Estado se concluye que en Colombia la solidaridad ha servido como fundamento de imputación de responsabilidad al Estado o como factor determinante de la antijuridicidad del daño especialmente en casos relacionados con el conflicto armado interno como una forma de socialización de los riesgos inherentes a la vida en comunidad, el cual es un tema que ha envuelto casi por completo esta institución, puesto que esta se ha convertido en una herramienta a disposición del juez para hacer justicia a las personas que infortunadamente han padecido el conflicto de una forma más contundente. Lo anterior ha implicado el paulatino desaparecimiento del hecho de un tercero en la producción del daño como eximente de responsabilidad (Pimiento, 2016).

de auxilio con personas en situación de vulnerabilidad²⁰ y (iv) la ocurrencia de desastres naturales²¹ (Pimiento, 2016, pág. 14).

Sin embargo, hay quienes critican que la solidaridad realmente sea un fundamento de la responsabilidad civil extracontractual del Estado, y que la pretensión de reparación directa sea el mecanismo idóneo para desarrollar este valor constitucional (Pimiento, 2016).

“Resulta claro que en la solidaridad puede encontrarse el origen de algunas obligaciones en un Estado social de derecho, es decir, puede ser fuente de obligaciones tanto para los particulares como para el Estado, ello no permite, sin embargo, considerar a la solidaridad como la base teórica, conceptual y normativa del derecho de la responsabilidad extracontractual del Estado, pues el artículo 90 constitucional no se nutre del principio de solidaridad” (Pimiento, 2016, págs. 24-25).

Desde esta perspectiva, la diferencia entre la responsabilidad y la solidaridad radica en que conforme al artículo 90 de la Constitución, la primera hace referencia a un juicio sobre la conducta de la entidad pública demandada para determinar su incidencia en la producción del daño, mientras que desde la óptica de la solidaridad se analizan las circunstancias en las que se encuentra un determinado grupo de personas o una persona en particular para definir las acciones públicas o privadas pertinentes desde el punto de vista de política pública. Es así como el deber de reparar fundado en la solidaridad no surge porque el Estado lo haya causado sino porque el ordenamiento jurídico establece ese deber (Pimiento, 2016). Por eso se argumenta que

²⁰ La solidaridad exige especiales deberes sociales y acciones afirmativas respecto de la población vulnerable o en estado de indefensión, por ejemplo, en los casos en los que las personas no cuentan con una vivienda digna (Sentencia T-740, 2012).

²¹ La solidaridad ha sido un hito fundamental a la hora de establecer los parámetros de reparación de los daños causados por las catástrofes naturales, las cuales son “eventos ineludibles y parte del curso natural de la vida. Por ello debe diseñarse un sistema efectivo para evitar, mitigar y subsanar daños”. Esta postura cuestiona el concepto de fuerza mayor como causal eximente de responsabilidad.

La Corte Constitucional ha indicado que el principio de la solidaridad impide que la sociedad sea indiferente frente al sufrimiento y la situación de debilidad manifiesta de la población afectada por los desastres naturales, de tal forma que en estas situaciones la solidaridad se convierte en una pauta de comportamiento para el Estado y para los particulares²¹ (Sentencia T-1125, 2003). De acuerdo con esto, las personas “deben colaborar activamente en el mitigación de los daños obrando conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud” (Sentencia T-1125, 2003). “El Estado tiene un deber de solidaridad y de protección con las personas damnificadas como consecuencia de un desastre natural debido a la posición de garante que tiene con todas las personas que habitan el territorio” (Sentencia T-355, 2013).

“los cauces adecuados para asumir las consecuencias patrimoniales de un daño con base en el principio de la solidaridad, correspon[den] a mecanismos de política pública, legislativos, e los que se sopesa de manera global –macroeconómica- el impacto de dichas medidas en el gasto público social y, bajo la égida de la libertad de configuración del legislador, en un marco de progresividad, se escogen los asuntos, temas o circunstancias que requieran una atención más urgente por parte de las autoridades públicas, como ocurre frente a las víctimas del conflicto armado, los damnificados por calamidades públicas, etc.; mientras que por otra parte, las sentencias proferidas en el curso de procesos de reparación directa sirven pobremente a esos fines de progresividad, porque su principal finalidad es la de resolver un litigio y acordar una indemnización a quien hay sufrido un perjuicio” (Pimiento, 2016, pág. 35).

De otra parte, se argumenta que el juez de lo contencioso administrativo que conoce las demandas de reparación directa solo es competente para pronunciarse sobre la compensación de daños, asunto que se rige por el artículo 90 de la Constitución, de tal forma que no le está dado ampararse en una institución constitucional distinta a la de la responsabilidad. No hay que olvidar el carácter declarativo e indemnizatorio de la pretensión de responsabilidad estatal, dimensiones que se pierden por completo si se acude a la solidaridad como fundamento de un juicio de esta naturaleza (Pimiento, 2016).

Otra aspecto que no se encuentra dentro de un juicio de responsabilidad es que si este se basa en la solidaridad como fundamento del deber de reparar la sentencia vulnera el principio de congruencia en cuanto a la tasación de los perjuicios, puesto que lo que el juez pretende es solucionar la situación de desprotección de una persona basándose en consideraciones de justicia distributiva a través de la reparación integral. Mientras que la reparación directa tiene un carácter reparatorio, en el ámbito de la solidaridad se emplea la compensación (Pimiento, 2016).

2.1.2.4. El derecho a la reparación integral y el correlativo deber de reparar

La reparación funge como fundamento de la responsabilidad del Estado porque en nuestro ordenamiento jurídico existe el derecho fundamental a la reparación integral de las víctimas, especialmente de violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, por ser un derecho que ha sido desarrollado principalmente en Derecho Internacional Público y a nivel interno en el contexto de las víctimas de la violencia y de los delitos.

La obligación estatal de reparar surge principalmente de la violación de los derechos contenidos en los diferentes instrumentos de Derechos Humanos, —especialmente por el desconocimiento de la Convención Americana sobre Derechos Humanos— siendo esta obligación el principio fundamental de Derecho Internacional— (Zamora, 2007, pág. 171). No obstante, “el deber de ordenar y adoptar medidas de reparación para las víctimas de violaciones de Derechos Humanos, no le corresponde únicamente al Sistema Interamericano; por el contrario, es una obligación principalmente de los Estados, quienes deben definir una política pública de reparación con base en los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (Cárdenas Poveda & Suárez Osma, 2012, pág. 35). Además, el tema de la reparación integral ha trascendido incluso a la esfera del derecho privado.

“El deber de reparar es uno de los principios del derecho de gentes y se proyecta en dos dimensiones, una internacional y otra interna”, las cuales se complementan (Cárdenas Poveda & Suárez Osma, 2012, pág. 36).

La mayoría de disposiciones contenidas en instrumentos internacionales de protección a los Derechos Humanos en las que se fundamenta la reparación integral hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, además,

“la Corte IDH ha precisado que el deber de reparar, derivado de la responsabilidad por violaciones de los derechos reconocidos en la CADH, se rige en todos sus aspectos por el derecho internacional público, lo que implica que el Estado no puede modificar sus beneficiarios, alcance, determinación y modalidades” (Cárdenas Poveda & Suárez Osma, 2012, pág. 36).

Así, en el ámbito internacional, el artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —en adelante CADH— impone al Estado el deber de reparar las consecuencias de las violaciones a los Derechos Humanos (Cárdenas Poveda & Suárez Osma, 2012). Igualmente, el principio de derecho de acuerdo con el cual el responsable de un daño debe repararlo se encuentra en el artículo 14 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes; el artículo 9º de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y el artículo 75 del Estatuto de Roma (Sentencia T-180, 2014). Asimismo, la CADH consagra el derecho a la restitución, —como componente principal de la reparación y el cual también ostenta la calidad de derecho fundamental (Sentencia T-085, 2009)—, en los artículos

1°, 2°, 8°, 9°, 10, 14, 15, 21, 24 y 25. Además, el derecho a la restitución está contenido en “los artículos 1, 2, 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los artículos 2, 3 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (Sentencia T-715, 2012).

Desde una concepción de *soft law*, los derechos a la verdad, la justicia y la reparación se encuentran reconocidos desde una perspectiva universal principalmente en el artículo 8° de la Declaración Universal de Derechos Humanos; los artículos 8° y 11 de la Declaración sobre principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abusos del poder (Resolución 40/34 de 1985 de la Asamblea General de Naciones Unidas); las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a las niños víctimas y testigos de delitos (Resolución 2005/29 del Consejo Económico y Social); el artículo 17 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra; los artículos 2°, 3, 4 y 37 del Conjunto de Principios para la protección y la promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad; los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de Derechos Humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (Resolución 60/147 de la Asamblea General de Naciones Unidas); y los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario adoptados por la Asamblea general de las naciones Unidas. Y en el ámbito continental en el artículo 23 de la Declaración Americana de Derechos del Hombre y los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Zamora, 2007) (Sentencia T-715, 2012) (Sentencia T-180, 2014).

En el campo del derecho internacional privado se pueden citar los Principios UNIDROAT, el artículo 243 de la decisión Andina 468 de 2000 (Henoa, 2015).

Los derecho de las víctimas a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la no repetición tienen su base constitucional en el artículo 93 del texto superior y se encuentran estrechamente relacionados entre sí porque todos ellos hacen parte de la reparación a las víctimas, a sus familiares y a la sociedad vista como un todo. La Corte IDH ha insistido en que las obligaciones del Estado deben estar orientadas a combatir la impunidad, es decir, la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables (Sentencia T-715, 2012).

Particularmente, sobre el derecho a la reparación la Corte IDH ha determinado que “la reparación debe ser justa, suficiente, efectiva, rápida y proporcional a la gravedad de las violaciones y a la entidad del daño sufrido” (Sentencia T-715, 2012), lo cual implica que en primer lugar se debe pretender la restitución integral y de no ser posible la adopción de indemnizaciones compensatorias, que se deben reparar los daños materiales e inmateriales y que la reparación debe ser individual y colectiva (Sentencia T-715, 2012).

De otro lado, en el perímetro interno se tiene que conforme al artículo 2° del texto superior la efectividad de los derechos es una finalidad esencial del Estado, es decir que justifica su existencia (Sentencia T-085, 2009). Igualmente, la Constitución Política dispone en su artículo 90 que el Estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables. Así mismo, los derechos de las víctimas se encuentran sustentados en los artículos 1° (principio de la dignidad humana), 15 (derechos a la intimidad y al buen nombre), 21 (derecho a la honra), 29 (garantías del debido proceso), 93 (integración del bloque de constitucionalidad), 229 (derecho a acceder a la justicia) y 250 numerales 6° y 7° (derechos de las víctimas son de rango constitucional) de la Carta Política (Sentencia T-715, 2012).

Igualmente, en el ámbito interno, el concepto de reparación integral se encuentra en el artículo 8° de la Ley 975 de 2005, el artículo 41 de la Ley 1592 de 2012 y el artículo 25 de la Ley 1448 de 2011. También se pueden incluir las sentencias C-916 de 2002, C-715 de 2012 y C-180 de 2014, sobre la normatividad anterior, las cuales conciben la reparación integral como un derecho fundamental (Henao, 2015).

En la intersección entre las dos dimensiones —internacional y nacional—, la Corte Constitucional ha reconocido “que el derecho internacional relativo al tema de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación para víctimas de delitos, tiene una clara relevancia constitucional de conformidad con el artículo 93 superior” (Sentencia T-715, 2012). Igualmente, la corporación ha manifestado que la jurisprudencia internacional, en especial la proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en adelante Corte IDH— es constitucionalmente relevante, puesto que constituye una pauta hermenéutica para interpretar el alcance de los tratados y los derechos constitucionales (Sentencia T-715, 2012).

“En cuanto al derecho a la reparación, la jurisprudencia de la Corte ha fijado los siguientes parámetros y estándares constitucionales, en armonía con el derecho y la jurisprudencia

internacional en la materia” (Sentencia T-715, 2012): (i) es un derecho internacional y constitucional; (ii) se encuentra regulado en su integridad por el derecho internacional; (iii) es integral para dignificar y restaurar a las víctimas, de tal forma que comprende medidas tanto de justicia distributiva como restaurativa; (iv) la obligación de reparar incluye de manera preferente la restitución plena; (v) de no es posible el pleno restablecimiento procede la compensación; (vi) además de las anteriores, la reparación incluye medidas de rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición; (vii) la reparación integral a las víctimas de graves violaciones a los Derechos Humanos tiene una dimensión individual y una colectiva; (viii) una importante medida de reparación es el reconocimiento público del crimen cometido y el reproche de tal actuación; (ix) desborda el campo de la reparación económica; y (x) la reparación integral a las víctimas es independiente de la asistencia social y de los servicios de ayuda humanitaria (Sentencia T-715, 2012).

“La evolución de la responsabilidad administrativa desde el siglo XIX se ha hecho en favor de las víctimas, su campo de aplicación se ha ampliado constantemente respecto de todas las actividades administrativas y luego, en el segundo tercio del siglo XX, a actividades soberanas (ley, justicia, tratados internacionales)” (Truchet, 2015, pág. 321).

El derecho y la obligación de reparación reflejan la centralidad de la víctima en el derecho de daños, lo cual hace ver que “la función punitiva parece erosionarse en beneficio de una función social muy frecuente: atribuirle a la víctima un título de víctima, reconocerla como tal y, por esa vía, conferirle, a la vista de todos, una dignidad particular” (Truchet, 2015, pág. 323).

La obligación de reparar, que es compensatoria y no punitiva, “cumple una doble función: i) proveer satisfacción a las víctimas o a sus familiares, y ii) restablecer el orden jurídico quebrantado por las violaciones a sus Derechos Humanos” (Cárdenas Poveda & Suárez Osma, 2012, pág. 37).

De otra parte, vale la pena señalar que la reparación integral opera como un principio y no como una regla en el necesario marco de la creatividad judicial, lo cual pone de presente el reto de garantizar la igualdad de tratamiento a las víctimas y la certeza jurídica a los victimarios sobre las obligaciones que se le impondrán en el futuro si incurren en determinado comportamiento o generan ciertas consecuencias (Sandoval Garrido, 2013, pág. 247).

La reparación equivale a la plena restitución, es decir, al restablecimiento de la situación anterior al daño (Zamora, 2007, pág. 169). La reparación entendida de esta forma, la cual ha sido ampliamente aceptada en nuestro sistema a través de la ley y la jurisprudencia, implica que se toman en cuenta todas las dimensiones afectadas, tanto materiales como inmateriales, lo cual se ha traducido en una revitalización y en una transformación del concepto jurídico de persona, dándole valor a sus derechos personalísimos, a sus sentimientos, a su cuerpo, a sus intereses y a sus angustias, más allá de ser un sujeto de derechos y obligaciones, de tal forma que la responsabilidad se centra en la víctima (Sandoval Garrido, 2013).

Sin embargo, la reparación integral también tiene algunos detractores, especialmente quienes se ubican en la baranda del análisis económico del derecho, pues critican que una obligación tan amplia de reparar puede repercutir negativamente en el tráfico comercial, industrial y tecnológico, motivo por el cual consideran que es necesario pensar en sistemas de aseguramiento, mecanismos de prevención del daño y limitaciones a la indemnización, en una sociedad productora que requiere un modelo de asignación de riesgos y recursos en actividades que si bien perjudican a un sujeto, proporcionan utilidad en el mercado, sin dejar de inclinar la balanza hacia la víctima (Sandoval Garrido, 2013).

También se plantea que en un país en donde hay más de seis millones de víctimas de graves y masivas violaciones a los Derechos Humanos es posible que la responsabilidad civil se desborde y la sociedad no pueda asumir los costos de buscar la reparación integral, es aplicable uno de los principios del Tratado de Versalles según el cual en caso de guerra se puede exceptuar la integridad de la reparación de cada caso específico (Henao, 2015).

2.1.3. Desarrollo constitucional de la responsabilidad del Estado

La Constitución Política de Colombia contiene en el primer inciso de su artículo 90 una cláusula general de responsabilidad de acuerdo con la cual *el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas*, la cual, como ya se explicó, se encuentra estrechamente relacionada con el modelo de Estado descrito en el artículo 1° de la Carta Política y con sus fines esenciales (artículo 2°).

Asimismo, el artículo 90 constitucional debe ser interpretado en concordancia con el principio y derecho a la igualdad (artículo 13) en cuanto a la distribución de las cargas públicas y

con los preceptos constitucionales sobre la solidaridad, reseñados precedentemente. Igualmente, es necesario conjugar la cláusula general de responsabilidad con la protección a la propiedad privada (artículo 58) y a los derechos adquiridos (artículo 83).

Lo anterior, en virtud de que el objetivo de la responsabilidad civil es la reparación de daños, atendiendo a una concepción amplia de la noción de patrimonio que trasciende los derechos patrimoniales (Henaó, 2015).

En torno a una interpretación histórica del artículo 90, la noción de daño antijurídico fue tomada por la Asamblea Nacional Constituyente del artículo 106 de la constitución española, de acuerdo con el cual la indemnización no tiene una naturaleza sancionatoria, sino que se centra en el restablecimiento de la víctima, de tal forma que puede existir daño antijurídico con independencia de si la actividad pública es lícita.

Así, se trasladó la antijuridicidad de la causa del daño al daño en sí mismo. Conforme a una interpretación sistemática esta concepción del daño es compatible con los valores y principios del Estado social de derecho, por cuanto a él le corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares (C-333 de 1996).

Además, la cláusula general de responsabilidad busca encuadrar el ejercicio de todas las funciones públicas, no solo la de administrar. Una muestra de esto es que la Asamblea Nacional Constituyente optó por integrar distintas propuestas en una fórmula general, como por ejemplo la de la Comisión Cuarta que pretendía que se instituyera en la Constitución que “el Estado es responsable por los perjuicios ocasionados por el error judicial, o por falla en la prestación del servicio público de la Administración de justicia, sin perjuicio de que el Estado pueda repetir en contra del funcionario en los casos pertinentes” (Peláez Gutiérrez, 2015).

Igualmente, mediante Sentencia C-333 de 1996, al analizar la constitucionalidad del artículo 50 de la Ley 80 de 1993, la Corte Constitucional indicó que el artículo 90 de la Constitución consagra una cláusula general de responsabilidad aplicable al campo de la actividad precontractual, contractual y extracontractual, acogiendo el desarrollo de la jurisprudencia del Consejo de Estado anterior a la promulgación del texto constitucional. La norma no establece distinciones respecto de los ámbitos de actuación de las autoridades públicas, sino que señala los

requisitos para que opere la responsabilidad (daño antijurídico imputable a una autoridad pública) (C-333 de 1996).

Otro aspecto que se deriva del artículo 90 es que la existencia de la responsabilidad objetiva es un imperativo constitucional que impide que el legislador diseñe un sistema de responsabilidad únicamente subjetivo, máxime si se tiene en cuenta que a la administración usualmente se le reconocen prerrogativas para cumplir con sus cometidos constitucionales, frente a lo cual es indispensable garantizar la primacía de los derechos inalienables de la persona (C-428 de 2002).

Además, en un proceso de responsabilidad civil el Estado acude ante el juez en igualdad de condiciones a los ciudadanos, despojándose de sus prerrogativas especiales, es por eso que también las entidades públicas pueden ser condenadas en costas. De esta forma, el juicio de responsabilidad del Estado se rige en términos sustanciales por el artículo 90 constitucional y en términos instrumentales por el 29, de acuerdo con el cual el legislador cuenta con la posibilidad de establecer las reglas propias de cada juicio.

Pero la potencia constitucional del artículo 90 no acaba allí, pues como mecanismo de protección de derechos la Asamblea Nacional Constituyente fue enfática en cuanto a la fuerza que pretendió darle a los distintos mecanismos reparatorios. Su intención fue sistematizarlos, incorporar algunos mecanismos nuevos y actualizar los existentes. En este contexto la responsabilidad del Estado y de las autoridades públicas son concebidas como uno de esos mecanismos (Peláez Gutiérrez, 2015), lo cual “pone igualmente de presente la estrecha relación e importante que existe entre el concepto de daño antijurídico, la vulneración de Derechos Humanos y el principio de legalidad, otro de los pilares del Estado de derecho” (Peláez Gutiérrez, 2015, pág. 809).

Al mismo tiempo, “resulta evidente que la conducta dolosa o culposa del servidor público no tiene incidencia en el surgimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado, dado que la misma surge de manera directa de la entidad pública, no por el hecho de otro sino por el hecho propio” (C-644 de 2011).

Además, el primer inciso del artículo 90 no debe ser desligado del segundo, de acuerdo con el cual *en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél*

deberá repetir contra éste. Se cree que el constituyente pretendió establecer un ‘sistemas de responsabilidad pública’ informado por el criterio de integración y que le dio al artículo 90 una dimensión preventiva, la cual concuerda con la importancia de garantizar la sostenibilidad financiera del Estado (Peláez Gutiérrez, 2015).

“Los dos incisos del artículo 90 forman un todo coherente que forma parte del sistema de responsabilidad pública. El primero, como ya se ha demostrado, incorpora la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado y gravita alrededor del concepto de daño antijurídico imputable a este. El segundo, regula la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos y gira, en un escenario subjetivista, alrededor de los conceptos de dolo y culpa grave y de obligatoriedad de la acción de repetición, en un marco de subsidiariedad y de carácter restrictivo” (Peláez Gutiérrez, 2015, pág. 811).

Se evidencia una integración de la responsabilidad penal, disciplinaria y patrimonial de los servidores públicos respecto al Estado. Además, la acción de cumplimiento nace por la necesidad de contar con una acción que obligue a las autoridades públicas a cumplir con el deber omitido en los casos en los que no basta con una simple indemnización de perjuicios (Peláez Gutiérrez, 2015).

Teniendo en cuenta lo expuesto, es necesario integrar al artículo 90 de la Constitución los artículos 122, 123 y 124 sobre la reglamentación de los empleos públicos, el concepto de servidor público y la cláusula legal para determinar la responsabilidad de los servidores públicos. Igualmente, conforme a los artículos 6º, 131 y 210 del texto superior la imputación también se realiza a los particulares en ejercicio de funciones públicas, “[n]o obstante, esta asimilación se presenta desde el punto de vista funcional, más no orgánico” (Rincón Córdoba, 2015, pág. 159).

SEGUNDO CAPÍTULO.

QUIÉN ES EL JUEZ EN EL ESTADO CONTEMPORÁNEO

“[A]sistimos a la constatación del cambio radical operado por la figura del juez que de un personaje insignificante frente al encumbramiento del legislador durante buena parte del siglo XIX, se ha venido a transformar de manera irreversible en el actor central del drama capital del Derecho: la Justicia” (Fernández Riveira, 2014, pág. 172).

En el segundo capítulo también se seguirá la ruta que va de lo general a lo particular. En primer lugar, se resaltarán los elementos definitorios de los modelos de Estado liberal, constitucional y neoconstitucional, que contribuyan a la caracterización de la identidad y de la actividad de la judicatura en la actualidad. Además, para develar la identidad del juez se desarrollarán los aspectos teóricos más relevantes, agrupados en dos categorías: (i) las relaciones entre derecho y política, el realismo jurídico y la interpretación judicial al amparo del neoconstitucionalismo; y (ii) la administración de justicia, el juez como actor central de la organización jurídico política y el activismo judicial. Finalmente se profundizará en la clasificación de los jueces de cierre en Colombia según la materia que juzgan desde una perspectiva teórica, sin tener en cuenta al Consejo Superior de la Judicatura, a pesar de ser también un órgano de cierre dentro de la rama judicial.

Aunado a la importancia de que la responsabilidad civil refleje coherentemente los presupuestos teóricos en los que se fundamenta con independencia de la rama del poder público que ocasione el daño antijurídico, es indispensable preguntarse por la identidad del sujeto por cuyas actuaciones se reclama la responsabilidad del Estado, como parte del marco teórico, lo cual permitirá dar respuesta en el cuarto capítulo a la pregunta sobre la importancia de que el Estado responda por las actuaciones de la judicatura.

Además, determinar quién es el juez permitirá cuestionar por qué, a pesar de que el juez es el sujeto más activo en el Estado contemporáneo, la jurisprudencia no ha respondido a la responsabilidad del Estado juez con el mismo ímpetu con que lo ha hecho en la responsabilidad del Estado administrador —como se demostrará en el tercer capítulo—, puesto que la reconfiguración del orden institucional del poder debe tener en cuenta que “[a]llá donde el Estado actúe, se podrá comprometer su responsabilidad (...), [pues] el campo de la responsabilidad

acompaña la actividad pública y esto significa que el Estado de derecho sigue también la cambiante y multiforme actividad pública” (Ospina Garzón, 2015, pág. 18).

Con este capítulo se pretende resaltar que la función de juzgar se ha convertido en una tarea tanto jurídica como política, con la crisis del principio de abstracción de la ley y del sistema democrático representativo que ha conllevado a que la eficacia de la normas jurídicas emane principalmente del poder judicial, en quien recaen amplias facultades interpretativas.

Igualmente, se procura señalar que además de la posibilidad de crear reglas *erga omnes*, por ejemplo, a través de las sentencias de unificación del Consejo de Estado o en virtud del principio de la igualdad cuando se trata de sentencias de revisión de fallos de tutela proferidos por la Corte Constitucional, se debe agregar que ya no es cierto que la administración sea la autoridad que por excelencia concretice la Constitución por relacionarse de una forma más cercana e inmediata por con los ciudadanos, puesto que los jueces también se comportan de esa forma.

Lo preponderante es que el juez se convirtió en el actor central y se encuentra ubicado en la cúspide de la organización jurídico política. Así, el poder ejecutivo debe sujetarse en su actuar a lo dispuesto por el poder legislativo y a los criterios señalados por el poder judicial. A su vez, las leyes emanadas del parlamento son controladas por el poder judicial, mientras que el poder judicial únicamente se controla a sí mismo a través de la jerarquización de su estructura.

En cuanto a la caracterización de las máximas instancias judiciales en el ordenamiento jurídico interno, teniendo en cuenta los cambios que están sucediendo en la teoría política del Estado, se busca resaltar la necesidad de fortalecer a la Corte Suprema de Justicia como tribunal de censura para salvaguardar los errores cometidos en instancias inferiores; la necesidad de que el Consejo de Estado transforme su actitud al resolver los casos de responsabilidad extracontractual del Estado por la actividad judicial en concordancia con su nueva visión sobre sí mismo; el impacto positivo de que por medio del control de constitucionalidad la Corte Constitucional, como mecanismo indemnizatorio, tenga la capacidad de eliminar del ordenamiento jurídico los actos contrarios al derecho y el reto que surge respecto a la necesidad de instaurar un mecanismo que corrija las consecuencias nocivas causadas por este tribunal, que se ubica en la cúspide de todo el sistema.

Con la introducción de la dimensión internacional de la actividad judicial se aspira a demostrar que éste es un ámbito de control y responsabilidad por la actividad jurisdiccional del Estado. Cuando el Estado falla en el juzgamiento, sanción y reparación de las violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, es declarado responsable por tribunales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o sublevado por la Corte Penal Internacional. Además, los jueces internos están sometidos a las interpretaciones y pautas emanadas de algunos jueces transnacionales, como ocurre con el control de convencionalidad y la aplicación de las normas andinas en materia comercial.

Sin embargo, ello no resuelve por completo el problema de la responsabilidad del Estado juez porque los jueces internacionales no son competentes para controlar todas las actuaciones de los jueces domésticos y porque, en últimas, si ello fuese así, el problema se trasladaría a otro juez, cuya responsabilidad también podría ser cuestionada.

Finalmente, es necesario aclarar que la pretensión de esta investigación no es la resolución de la estructura institucional, ni juzgar si hemos transitado a un sistema político distinto al democrático en su acepción más difundida, ni resolver los dilemas que existen en torno al rol del juez en el Estado contemporáneo. La investigación se agota en resaltar que el juez es el protagonista de nuestro tiempo, implicando un mayor margen de acción y con ello una mayor probabilidad de causar daños, y que con independencia del apoyo que ello pueda recibir, plantearse la pregunta sobre cómo responde el Estado por las actuaciones del juez, teniendo en cuenta su identidad en el paradigma contemporáneo de Estado, es una alternativa para llamar la atención sobre el imperativo de que las víctimas deben quedar indemnes frente al actuar u omitir de las autoridades públicas.

1. Reseña de los modelos de Estado Liberal, Constitucional y Neoconstitucional

Ha habido un tránsito de modelos de Estado desde el Estado de Derecho decimonónico hasta el Estado neoconstitucional, pasando por el Estado constitucional de derecho, y estos cambios han traído consigo la transformación de muchas instituciones, pero la mutación más importante ha sido la de la concepción del juez. Sin embargo, en la actualidad el rol del juez se debate entre distintas concepciones que han terminado por subsistir simultáneamente tanto en la realidad como en la teoría. Con independencia de lo anterior, lo que es innegable es que su actividad entraña una profunda importancia y se encuentra en auge.

Para comprender cuáles son los cambios sufridos por la judicatura con ocasión de la evolución de los paradigmas de Estado, es necesario iniciar con una explicación de los motivos que indujeron a dichos cambios y las principales notas características de cada uno de los modelos de Estado.

1.1. Del Estado Liberal al Estado Constitucional

Se explicarán las razones por las cuales el Estado de Derecho decimonónico hizo crisis dando paso al modelo de Estado constitucional, enfatizando en la crisis del principio de legalidad, para posteriormente explicar el lugar que se le dio a la Constitución Política, su función dentro del ordenamiento y las consecuencias que ello trajo para la organización jurídico política. Finalmente, se indicará cuál es el papel del juez dentro de ese nuevo equilibrio y algunas de las críticas que se le contraponen.

El cambio del Estado Liberal al Estado Constitucional surge porque hizo crisis la ley como principal herramienta jurídica para la regulación de la vida social y política, fenómeno este acompañado de la necesaria decepción del legislador concebido como el mesías de la democracia, según se explicará más adelante.

La consecuente importancia otorgada a la Constitución le arrebató al poder legislativo la potestad de decidir en última instancia sobre los distintos asuntos y de ser un eslabón necesario para la actuación de las otras ramas del poder público, puesto que la Constitución Política, vinculante para todas las autoridades públicas, no requiere ser desarrollada por el legislador para ser aplicada tanto por la administración como por el juez.

De otro lado, al centrar la validez de las normas jurídicas en su contenido argumentativo y conformidad sustancial con los preceptos constitucionales, se le atribuyó al juez la potestad de juzgar de una forma más severa el contenido de las actuaciones de los demás órganos estatales.

Dentro de las razones por las cuales el Estado de Derecho decimonónico hizo crisis dando paso al nuevo modelo, se encuentran las siguientes: (i) la crisis de los principios de generalidad y de abstracción de la ley debido a la lucha de grupos que participan en las transacciones, su contractualización e imposibilidad de ser un poder regulador *ex post factum*; (ii) la heterogeneidad del derecho surgida del pluralismo político social en las fuentes jurídicas, proveniente de grupos con intereses particulares, convirtiéndose él mismo en causa de inestabilidad en vez de seguridad

(Zagrebel'sky, 2005); (iii) los vacíos y lagunas que presenta la ley a la hora de reaccionar frente a los acontecimientos históricos, demostrando que no es inmutable; y (iv) la ausencia de controles al legislador, quien daba forma y contenido a los derechos sin ningún límite (Lancheros Gámez, 2009).

Teniendo en cuenta “la crisis del principio de legalidad, determinada por la acentuada pérdida de sentido, pulverización e incoherencia de la ley y de las otras fuentes del derecho” (Zagrebel'sky, 2005, pág. 39), surge la necesidad de que la Constitución tenga una función unificadora, como derecho más elevado, vinculante incluso para el legislador. Respecto a la legitimidad de la Constitución, se tiene que “si se la toma como un evento, constituye el origen de una convención social, y, si se la ve como un proceso, ella misma es una práctica social continua” (Nino, 1992, pág. 47).

En relación con la utilidad de la Constitución, “como conjunto de reglas de reconocimiento (...) permiten individualizar al sistema jurídico [y] es relevante para resolver cuestiones que se plantean desde el punto de vista externo” (Ferrajoli, 2001, pág. 49). Así mismo, la Constitución es vista como “la expresión acabada de un poder constituyente limitador de los poderes constituidos, incluso el legislador” (Prieto Sanchis, 2003, pág. 201).

El carácter normativo²² y la fuerza vinculante de la Constitución como norma de validez trae consigo (i) el sometimiento a la ley a una relación de adecuación y de subordinación; (ii) “[l]a crisis de la vinculación de la Administración a la ley previa (...) [como] importante factor de crisis del principio tradicional de legalidad (...), afirma[ndo] así, un principio de autonomía funcional de la Administración” (Zagrebel'sky, 2005, págs. 34-35).; (iii) la distinción “entre la ley, como regla establecida por el legislador, y los Derechos Humanos, como pretensiones subjetivas absolutas, válidas por sí mismas con independencia de la ley” (Zagrebel'sky, 2005, pág. 47); (iv) “[l]a fijación, mediante normas constitucionales, de principios de justicia material destinados a

²² El carácter de verdadera norma jurídica y más aún, de norma jurídica superior (...) se manifiesta y opera de dos formas: como superioridad material y como superioridad formal (...). La superioridad material significa que los mandatos y las reglas constitucionales vales más y se imponen a los de cualesquiera otras normas jurídicas del ordenamiento estatal en su conjunto. Ello significa que la validez de estas últimas depende de su conformidad sustantiva a la Constitución, que es, así, jerárquicamente superior (...). Y la superioridad formal se expresa en la rigidez de la norma constitucional, es decir, en su específica resistencia a la modificación (cuyo sentido y finalidad es salvaguardar justamente su posición como norma superior a todas las estatales restantes) **Fuente especificada no válida..**

informar todo el ordenamiento jurídico [... y] con incidencia jurídica práctica”²³ (Zagrebel'sky, 2005, pág. 93); y (v) “[l]a separaciones ley-derechos-justicia y principios-reglas, encuentra su unidad en la aplicación judicial del derecho” (Zagrebel'sky, 2005, pág. 131).

“Los cambios en el derecho atribuidos al paradigma constitucional reviven la tensión que tanto luchó por superar el Estado de derecho liberal (...). En el modelo liberal hay una lucha por evitar la intromisión de elementos políticos o ideológicos en la interpretación judicial, en mantener al juez como un técnico de la ley.

(...)

De esta manera, los principios constitucionales comienzan a abrir un espacio en el que se integran elementos políticos que contradicen la función tradicional asignada al juez, quien debía estar alejado de la indeterminación y de las voluntades políticas. Esto ya no opera así, por lo que, actualmente, es muy difícil creer que los jueces siguen actuando sin más consideraciones que las establecidas por la ley, a modo de buscar la conclusión de un silogismo” (Latorre González, 2015, págs. 90-91).

“[E]n el Estado constitucional se pone en evidencia la existencia de dos caminos que, usualmente, podría elegir el juez: el primero es el camino de una posición pasiva por parte del juez que solo mira una dimensión, la ley –visión propia de la tradición francesa-. Un segundo camino es el de la posición multidimensional, en donde el juez mira hacia tres elementos: derecho, justicia y ley. Esto último es propio de la tradición anglosajona y llevaría a definir a los jueces como los ‘actuales señores del derecho’, no en el sentido del tipo de legislador del siglo XIX, sino en el sentido de asumir un rol de garante ‘de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre todos sus elementos’ (Zagrebel'sky, p. 120)” (Latorre González, 2015, pág. 91).

²³ La subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión sustancial no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia, para la que representa un límite, a la vez que la completa. Un límite porque a los derechos constitucionalmente establecidos corresponden prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes de la mayoría, que de otra forma serían absolutos (Ferrajoli, 2001, pág. 19).

La teoría de la argumentación jurídica en el Estado constitucional ha introducido nuevas exigencias para el juez, las cuales son, según Uprinmy (1997), “1) garantizar decisiones previsibles (seguridad jurídica); 2) dentro del marco de la soberanía popular (que respete los consensos mayoritarios sin excluir a las minorías); 3) que se trate de decisiones materialmente justas” (Latorre González, 2015, pág. 93).

“Algunas de las críticas a este modelo de decisión basado en la argumentación han señalado que se puede volver un método arbitrario” (Latorre González, 2015, pág. 93). Sin embargo, son arbitrarios tanto el decisionismo (extralimitación del juez) como el determinismo (exceso de subsunción) y se pretende que la argumentación jurídica evite estos dos extremos (Latorre González, 2015).

1.2. Del Estado Constitucional al Estado Neoconstitucional

Una vez explicitado el modelo de Estado Constitucional, tomando a Comanducci se desarrollará el concepto de neoconstitucionalismo desde sus tres acepciones: como teoría, como ideología y como metodología.

En cuanto al neoconstitucionalismo como teoría se hará alusión a sus implicaciones para la argumentación constitucional en relación con las opciones legislativas. Respecto al neoconstitucionalismo ideológico, se mostrará cómo este logra centrar su atención en la garantía de los derechos fundamentales por encima de la protección orgánica del sistema. En cuanto al neoconstitucionalismo metodológico, se indicará cuál es la visión del juez y cómo procede en este escenario.

Ahondado un poco, se tiene que en cuanto al constitucionalismo teórico, la interpretación constitucional dista de la interpretación de la ley en el marco de la constitucionalización del derecho, en tanto se presentan

“más principios que reglas, más ponderación que subsunción, omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un

puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas” (Prieto Sanchis, 2003, pág. 131).

Por su parte, el neoconstitucionalismo ideológico “pone en un segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal –que era por el contrario absolutamente central en el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX–, mientras que pone en un primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales” (Comanducci, 2002, pág. 85).

Y finalmente, el constitucionalismo metodológico, cuyos principales exponentes son Alexy y Dworkin, identifica una conexión necesaria entre el derecho y la moral (Comanducci, 2002).

Teniendo en cuenta que el Estado neoconstitucional pretende superar drásticamente el trasfondo positivista presente tanto en el modelo de Estado liberal como en el Estado constitucional²⁴, al modelo de juez se opone el propuesto por el positivismo jurídico, partiendo del argumento según el cual el positivismo tiene como “fundamento político (...) la defensa de la prioridad del legislador democrático y, con ello, de la soberanía popular” (Bernal Pulido, 2006, pág. 16), mientras que el trasfondo político del neoconstitucionalismo es “la creciente desconfianza frente al legislador parlamentario y la correlativa fe en virtudes taumátúrgicas de la judicatura” (Bernal Pulido, 2006, pág. 17).

Vale la pena indagar si el tránsito al Estado contemporáneo implica la subsunción del principio de legalidad por parte del principio de supremacía constitucional. Lo anterior porque tanto el carácter normativo y vinculante de la Constitución como el fenómeno de la constitucionalización del derecho conllevan la dificultad intrínseca de distinguir aquellos asuntos que pueden existir tan sólo en el plano de la legalidad, sin que la Constitución tenga algo que decir al respecto o le sean indiferentes. Por otra parte, todas las autoridades públicas, vinculadas de forma directa por la Constitución, están llamadas a realizar en la vida real los postulados constitucionales y a hacer efectivos los derechos fundamentales de las personas, lo cual conlleva

²⁴ “[El] modelo paleo-iuspositivista del Estado legislativo de Derecho (o Estado legal), que surge con el nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica, y el modelo neo-iuspositivista del Estado constitucional de Derecho (o Estado constitucional), producto, a su vez, de la difusión en Europa, tras la Segunda Guerra Mundial, de las Constituciones rígidas y del control de constitucionalidad de las leyes ordinarias (Ferrajoli, 2001, pág. 14).

la consecuencia necesaria de que el plano de la mera legalidad sea insuficiente y superfluo en algunos casos.

2. Aspectos teóricos relevantes para develar la identidad del juez en el Estado contemporáneo

2.1. Las relaciones entre derecho y política, el realismo jurídico y la interpretación judicial

2.1.1. Las relaciones entre derecho y política

Como quedó visto, la visión de juez varía dependiendo del modelo de Estado en el que se conciba y al mismo tiempo su labor refleja y contribuye con la formación de un determinado modelo de Estado. A su vez, los modelos de Estado son opciones políticas enmarcadas a través de herramientas jurídicas, es por eso que es relevante tener en cuenta que la labor del juez podría no solamente ser jurídica, sino que es plausible que entre en el ámbito de la política.

Este es un tema muy controvertido, puesto que cómo se verá a lo largo del texto, para algunos sectores es imperativo alejar al juez de la política, mientras que para otros su conexión es indudable y necesaria. Para tener una visión más holística de la complejidad de este debate, se reseñarán los tres modelos de relación entre derecho y política desarrollados por Zamboni (2008) y expuestos por Latorre González (2015).

“[L]os *modelos de Estado* están enmarcados en el mundo de lo político, esto es, en un espacio de discusiones ideológicas sobre el *quehacer del Estado*, sobre sus *relaciones con el derecho y la sociedad*” (Latorre González, 2015, pág. 1). Zamboni (2008) “clasifica las diversas corrientes teóricas en tres modelos ideales: el *modelo autónomo*, el *modelo integrado* y el *modelo de intersección*” (Latorre González, 2015, pág. 2).

El primero de estos modelos, de acuerdo con el cual el derecho y la política son sistemas autónomos, entiende que la descripción de la funcionalidad y del análisis del derecho puede hacerse desde sus propias categorías jurídicas. Este modelo “es representado por el positivismo jurídico de Kelsen, (...) la jurisprudencia analítica de Hart” (Latorre González, 2015, pág. 3) y la aproximación autopoietica de Luhmann, quienes afirman que los principios ajenos al mundo jurídico no permean al derecho, el cual es una herramienta estable y precisa. “Mientras tanto la *política* es vista ‘como un complejo inestable e impreciso de ideologías en conflicto’” que compiten para entrar al mundo jurídico (Latorre González, 2015, pág. 3).

De acuerdo con el segundo modelo, es decir, el integrado, el derecho se encuentra alojado dentro de la política como un subconjunto, sin embargo, existen dos sistemas, pues se reconoce cierto grado de autonomía al derecho, aunque este esté siempre politizado. Es la postura de los estudios críticos del derecho, las teorías económicas del derecho, la teoría del derecho natural, la teoría de la elección pública, la teoría de Dworkin, el marxismo y el movimiento derecho y sociedad (Latorre González, 2015). “El derecho se considera flexible y, por ende, el proceso de producción legal se toma como abierto” (Latorre González, 2015, pág. 4).

De esta forma, para el modelo integrado “el proceso de elaboración de normas es el primer mecanismo a través del cual se introducen valores políticos en una sociedad” (Latorre González, 2015, pág. 6). Para los estudios críticos del derecho el punto de inflexión entre los dos sistemas a un nivel micro es el juez, pues “la escogencia que el juez hace entre los principios y categorías jurídicas está muy atada al ambiente político y social en el que él se mueve” (Latorre González, 2015, pág. 7).

Una tercera postura, que sostiene que el derecho está intersecado con la política, representada por el pensamiento del siglo XX, se refleja en el realismo jurídico escandinavo y americano y afirma que el derecho es parcialmente distinto de la política, de tal forma que cuenta con un núcleo normativo que no requiere elementos ajenos, así, el derecho es parcialmente rígido respecto de la política, pues existe un núcleo duro pero también se incluyen aspectos del ámbito político o social (Latorre González, 2015). “Aunque el derecho le sirva a [la política] no impide que pueda verse como una herramienta neutral para implementar otros valores, incluso opuestos” (Latorre González, 2015, pág. 8).

Además, en el proceso de “elaboración de normas, se entiende que quienes participan en dicho proceso se encuentran permeados por el contexto político”, puesto que el derecho escrito incorpora los valores de quienes lo redactaron (Latorre González, 2015, pág. 9).

2.1.2. El realismo jurídico

El realismo jurídico explica y justifica que el juez introduzca elementos políticos en su labor, la cual debe desconceptualizarse y nutrirse más de los sucesos, de tal forma que se entiende que el verdadero derecho es el que está vigente, el que se aplica y no el que simplemente es considerado como válido. Para el efecto, el rol del juez es preponderante por su capacidad de dinamizar el derecho.

“Esta característica a la apertura del proceso de elaboración de normas en el realismo jurídico americano se identifica con la labor del juez. Este actor, con la interpretación de leyes y precedentes judiciales, tiene la posibilidad de introducir elementos (valores, intereses) del mundo político al mundo del derecho. Según Zamboni, para los realistas americanos, los jueces en su proceso de interpretación se enfrentan a un dilema normativo, dado que a menudo pueden justificar decisiones contrarias para un mismo caso concreto utilizando el mismo enunciado normativo o usando el mismo precedente judicial. El origen de este dilema es explicado a partir de la vaguedad de las normas y de los precedentes judiciales” (Latorre González, 2015, págs. 9-10)

Como se viene diciendo, el juez se ha convertido en un actor fundamental a raíz de todas las transformaciones que ha sufrido el Estado de Derecho, a la par del surgimiento del realismo jurídico, el cual

“en sus vertientes –la norteamericana y la escandinava- constituyó uno de los aportes más novedosos a la filosofía jurídica del siglo XX. La vivencia social se convirtió en el eje ontológico y argumentativo de la ciencia jurídica, dando paso a nuevas concepciones críticas del derecho y del sistema, tales como los estudios críticos del derecho (...), los estudios referentes al derecho y la sociedad (...) y el desarrollo de la conciencia jurídica” (Victoria Ochoa, 2007, pág. 69).

El papel del juez es fundamental de acuerdo con esta teoría porque el derecho es fluctuante en vez de estático, se dinamiza con más rapidez que la norma, que en si misma se encuentra petrificada en búsqueda de una finalidad social extrínseca al propio derecho y para la cual el derecho es materia viva (Victoria Ochoa, 2007).

2.1.3. Críticas a la interpretación judicial al amparo del neoconstitucionalismo y del realismo jurídico

Es relevante poner de presente algunos de los desafíos que surgen de la interpretación judicial, si se parte de todo lo explicado sobre el neoconstitucionalismo y el realismo jurídico, como por ejemplo la excesiva libertad de los jueces para determinar lo que dice la Constitución, el problema de la petrificación de la jurisprudencia en contra de su función dinamizadora con ocasión de la obligatoriedad del precedente y el riesgo del neoinstitucionalismo. Posteriormente, se hará alusión a una de las propuestas existentes para hacer frente a estas críticas.

Lo anterior adquiere una mayor relevancia si se tiene en cuenta que para cumplir con sus cometidos, en Colombia la justicia constitucional ha creado ciertas técnicas de interpretación jurídica cuyo principal exponente es la Corte Constitucional como organismo con autoridad para determinar lo que realmente expresa la Constitución con implicaciones para todos los operadores jurídicos.

Respecto a la labor del juez, el positivista García Amado critica que (i) el neoconstitucionalismo “[c]onfunde lo que la Constitución dice con aquello que los intérpretes dicen que la Constitución dice” (Bernal Pulido, 2006, pág. 14). (ii) No es cierto que la Constitución sea omnipresente y por tanto lo regule todo, de tal forma que existen asuntos sobre los cuales ésta no dice absolutamente nada. (iii) La regulación principialista, prelingüística y axiológica de la Constitución, entendida de forma preeminente por el órgano judicial, así como su método de interpretación, no ofrecen un grado mínimo de objetividad²⁵. (iv) Sin espacios inmunes a la corrección de los órganos judiciales se elimina el ejercicio de la política en la sociedad haciéndonos ‘súbditos del supremo órgano político y no democrático, la judicatura’. (v) Se genera la imposibilidad de establecer pautas comunes, generales y abstractas, debido a la preminencia del debate casuístico que debe poner en entredicho la validez de la ley no declarada inconstitucional frente a la posible vulneración de derechos fundamentales, poniendo en suspenso tanto el principio de legalidad como el principio de supremacía constitucional (Bernal Pulido, 2006).

Se critica que la obligatoriedad del precedente, de acuerdo con la manera como esta tendencia se ha incorporado en Colombia, consiste en que “[e]l paradigma de que ‘el derecho lo hacen los jueces’ se radicaliza en un activismo que no significa necesariamente progresismo y que se atrinchera en la obligatoriedad de los precedentes judiciales” (Dueñas Ruíz, 2011, pág. 74), cuyas consecuencias son que (i) se llegaría a una interpretación de segundo orden; (ii) la

²⁵ Respecto de las cosas que la Constitución expresa su posición de forma indeterminada, es difícil determinar cuál es el mandato del texto Constitucional a partir de una posición intersubjetivamente con un grado mínimo de objetividad. Los intérpretes autorizados de la Constitución no están llamados a elegir entre interpretaciones o concreciones posibles de los enunciados constitucionales, sino compelidos a realizar máximamente tales mandatos materialmente determinados. Los intérpretes pueden conocer la idea verdadera que cada norma tiene para cada caso concreto (...). Los jueces y, en particular, el Tribunal Constitucional cumplen funciones de control negativo-positivo: deben inaplicar o declarar la inconstitucionalidad de toda norma legal que no lleve a cabo dicha maximización (...). Consiguientemente, tanto el legislador como, principalmente, los jueces tienen acceso al conocimiento de esos contenidos prelingüísticos que componen la Constitución material o axiológica, y lo tienen con suficiente amplitud como para poder determinar la solución que el mandato constitucional prescribe para todos o la mayor parte de los casos concretos (Bernal Pulido, 2006).

jurisprudencia se vuelve estática, arrebatándole a los jueces su capacidad dinamizadora; y (iii) no obedece a la auténtica tradición anglosajona al eliminar el proceso dialéctico²⁶ (Dueñas Ruíz, 2011).

Una proposición para modificar esta hermenéutica es la sugerida por Streck (2014), quien propone la búsqueda de la respuesta constitucionalmente adecuada en un estadio más avanzado que el del constitucionalismo liberal iluminista, que disminuya el grado de discrecionalidad de los poderes legislativo y judicial en los ‘casos difíciles’ a través de la reconstrucción de un caso concreto, teniendo en cuenta que los conceptos no pueden abarcar todas las hipótesis de aplicación, de tal forma que se requiere el empleo sistemático del análisis lógico del lenguaje. En esta propuesta se debe tener presente que los textos normativos no se encuentran desnudos, es decir que ya tienen un sentido, un contexto y no están a disposición. Además, es importante resaltar que debe evitarse propender a un raciocinio por etapas que ponga toda su confianza en el proceso de la interpretación.

Esta alternativa hermenéutica debería contribuir a preservar la fuerza normativa de la Constitución y la autonomía del derecho frente a la política, habida cuenta de que “la Constitución es el eslabón material que une la política y el derecho, de donde puede decirse que el gran salto paradigmático en este periodo de la historia está exactamente en el hecho de que el derecho debe servir como garantía de la democracia” (Streck, 2014, pág. 47). De esta forma, “‘metodología’ o ‘principiología’ constitucional no quieren significar ‘cánones’, ‘reglas’ o ‘meta- reglas’, sino un modo de concretar la Constitución, es decir, el modo por el que la Constitución debe ser ‘efectivamente interpretada’” (Streck, 2014, pág. 47).

Los principios hermenéuticos que se proponen son (i) la preservación de la autonomía del derecho frente a la moral, la política y la economía; el cual abarca la corrección funcional, la rigidez del texto constitucional, la fuerza normativa y la máxima efectividad de la Constitución; y

²⁶ La obligatoriedad de la jurisprudencia, y no de la Constitución “*es la peor enemiga de la cultura del precedente*” (Dueñas Ruíz, 2011).

La jurisprudencia que trasciende no es siempre la jurisprudencia que se transcribe (...). La elaboración de esta forma de apreciar la cultura del precedente (alejada de la norteamericana, que confecciona tipológicamente líneas, con el purito de estar bajo la orientación del método inductivo) propicia soluciones, pero a su vez genera nuevas necesidades porque se trata de un proceso dialéctico (...). La jurisprudencia debe estar en movimiento. No hay que tenerle miedo a la dialéctica, es ella la que permite las soluciones (Dueñas Ruíz, 2011).

logra unir las visiones interna y externa del derecho y se constituye como garantía del poder contramayoritario. (ii) El respeto a la integridad y a la coherencia del derecho, el cual engloba principios como los de la unidad de la Constitución, la concordancia práctica de las normas o de la armonización, la eficacia integradora y la proporcionalidad; lo que se traduce en la fundamentación de las decisiones de forma integrada al derecho como deber del juez y derecho fundamental del ciudadano. (iii) El deber fundamental de justificar las decisiones, partiendo de que los jueces tienen una fuerte responsabilidad política, si se tiene en cuenta que la hermenéutica no puede deslegitimar el texto jurídico constitucional producido democráticamente. Además este mandato se fundamenta en un elevado deber de participación de las partes en el proceso decisorio y la necesidad de controlar las decisiones. (iv) El derecho fundamental a una respuesta constitucionalmente adecuada, proveniente del derecho fundamental al cumplimiento de la Constitución. Este derecho no implica la elaboración sistemática de respuestas afirmativas, pues la búsqueda de respuestas definitivas es anti hermenéutica (Streck, 2014).

2.2. La administración de justicia, el juez como actor central de la organización jurídico política y el activismo judicial

2.2.1. La función jurisdiccional

Sería imposible desentrañar la identidad del juez sin considerar qué es la función jurisdiccional, teniendo en cuenta aspectos como su relación con las otras funciones del poder público, su legitimidad democrática, la sujeción al derecho, la independencia judicial y su facultad de resolver de forma definitiva las controversias.

Nos encontramos en un país perteneciente a la familia jurídica continental, sin embargo, es innegable el influjo que el derecho anglosajón ha ejercido sobre nuestro sistema, especialmente en lo concerniente a la concepción de la jurisprudencia como fuente primordial del derecho. Sin embargo, además de que la transnacionalización de tal concepción no se ha producido de una forma idéntica, sino que más bien ha sido adaptada a nuestro contexto con sus propias particularidades, también es cierto que la judicatura en el *common law* ha sufrido transformaciones, a las cuales nos referiremos brevemente.

Una forma de comprender la función jurisdiccional es en su carácter complementario respecto de la función legislativa, de tal forma que su propósito en este escenario es “actu[ar]

asegurando la actuación del derecho objetivo en el marco del Estado de Derecho, garantizando los derechos de los ciudadanos” (Moreno, 2015, pág. 288).

De otro lado, se sostiene que la legitimidad democrática de los tribunales en un Estado social de derecho radica no en que las decisiones sean adoptadas por una autoridad competente, sino en su justificación, es decir que a la estabilidad formal de las decisiones se le agrega la corrección racional de su justificación desde el punto de vista de su universalidad, coherencia y concordancia con los valores del sistema, contribuyendo a materializar la igualdad ante la ley y la garantía de la seguridad jurídica. Una decisión justificada es controlada democráticamente por ser la condición de los recursos y porque es la forma de crear derecho judicialmente a través de los precedentes (Andaluz Vegacenteno, 2010).

El sometimiento del juez al ordenamiento jurídico es entendido de forma diversa en la familia de derecho anglosajón y en la continental. En el primer escenario, *the rule of law* “fue una creación histórica de los tribunales [y] significaba: i) su vinculación al *common law* (Derecho común); y ii) su independencia de las órdenes del monarca o sus delegados” (Andaluz Vegacenteno, 2010, pág. 230); mientras que “el poder judicial concebido por la Revolución Francesa no podía contraponerse al ejercicio del poder. Nació histórica e ideológicamente subordinado” (Andaluz Vegacenteno, 2010, pág. 231).

Lo anterior debilitaba el principio de legalidad y la garantía de la libertad de los ciudadanos, entonces la solución en Francia fue admitir que la administración juzgara a la propia administración argumentando que ello también es administrar (Andaluz Vegacenteno, 2010), como se había mencionado anteriormente.

El sometimiento de los tribunales al derecho positivo también implica que estos están obligados por sus precedentes, lo cual abona a la confianza en el poder judicial y además, la unidad de su jurisprudencia beneficia al ciudadano, pues ello redunda en certeza y previsibilidad respecto de las decisiones de los poderes públicos (Andaluz Vegacenteno, 2010). “La obligatoriedad de los precedentes tiene el mismo fundamento en los sistemas del *common law* y en los que son herederos de la tradición continental” (Andaluz Vegacenteno, 2010, pág. 242).

La independencia de los tribunales en el derecho anglo americano se consigue haciéndolos inamovibles de sus cargos, mientras que en el sistema continental “la independencia de los jueces

significa: i) que las causales para su remoción son cerradas (*numerus clausus*); ii) que están sujetos a un régimen de incompatibilidades; y iii) que siguen una carrera judicial” (Andaluz Vegacenteno, 2010, pág. 237).

De otro lado, aunque el paradigma de juez activo, como ya se ha mencionado, se atribuye generalmente al modelo anglosajón, —dentro del cual la justicia es cercana a los ciudadanos porque goza de descentralización territorial, existe una judicatura profesional en lugar de burocrática y hay lugar para una justicia paralela en donde ‘los laicos’, es decir los no juristas, participan en la adopción de decisiones judiciales—, lo cierto es que la judicatura en esa familia jurídica también ha sufrido importantes transformaciones. Por ejemplo, entre 1997 y 2010 el sistema democrático de Gran Bretaña sufrió importantes cambios, dentro de los cuales se resalta la reforma al poder judicial en pro de fortalecer su independencia (Giménez Gluck, 2014).

La reforma del gobierno del poder judicial, por medio de la *Constitutional Reform Act*, se orientó hacia una separación de poderes más estricta entre los poderes ejecutivo y judicial, más respetuosa de la Convención de Roma a través de la reforma a las funciones del *Lord Chancellor*. Otro aspecto relevante de este último punto es la creación, por primera vez, de un Tribunal Supremo para toda Gran Bretaña, puesto que aunque materialmente el poder judicial era independiente, formalmente no, pues el máximo órgano jurisdiccional del país pertenecía a una de las cámaras legislativas (Giménez Gluck, 2014).

La reforma a la judicatura también trasladó el centro de decisiones desde el Poder Ejecutivo hacia una Comisión de nombramientos conformada tanto por juristas como por ‘laicos’ para “mejorar la transparencia en el proceso de decisión, fortalecer la diversidad y, aun reconociendo que el sistema no había funcionado mal en este sentido, evitar, de cara al futuro, ninguna tentación de politización, ahora que los jueces estaban viendo aumentada su capacidad de influencia política” (Giménez Gluck, 2014, pág. 466).

2.2.2. La centralidad del juez y el activismo judicial

Continuamente hemos sostenido la idea de que actualmente el juez se encuentra en el centro del Estado, para lo cual hemos realizado el respectivo contexto jurídico político, hemos traído a colación algunas teorías que le sirven de base, hemos hecho alusión a su forma de proceder e incluso, hemos expuesto las críticas que afrenta, pero ¿en qué consiste tal centralidad del juez?

“[A]sistimos a la constatación del cambio radical operado por la figura del juez que de un personaje insignificante frente al encumbramiento del legislador durante buena parte del siglo XIX, se ha venido a transformar de manera irreversible en el actor central del drama capital del Derecho: la Justicia” (Fernández Riveira, 2014, pág. 172).

El poder que desarrollan los jueces hace parte del Estado, siendo este su titular y no sus integrantes, quienes detentan una potestad y no un poder. Su esencia consiste precisamente en administrar justicia decidiendo de forma irrevocable y definitiva las controversias que se les sometan de acuerdo a la ley, lo cual asegura una convivencia pacífica, pues de lo contrario no podría ser eliminado el estado de conflictividad que dio origen al proceso (Moreno, 2015). Así, “el gran procesalista uruguayo Eduardo J. Couture llegó incluso a afirmar que donde no había cosa juzgada no había actividad jurisdiccional propiamente dicha” (Moreno, 2015, pág. 288).

De otro lado, bajo la óptica actual se entiende que existe poder judicial si los poderes se encuentran efectivamente divididos, entendiendo la diferencia entre poder judicial y potestad jurisdiccional como el ejercicio de una función y el órgano a quien esta función se le encomienda, respectivamente (Moreno, 2015).

De esta forma, “en el Estado de Derecho, el poder judicial se posiciona a la par de los poderes legislativo y ejecutivo. Esto lo consigue a través de su independencia” (Andaluz Vegacenteno, 2010, pág. 229).

Aparece la independencia como otra de las notas definitorias del poder judicial, la cual consiste en que el poder judicial cuente con un gobierno propio y un presupuesto autónomo; se produce cuando el status jurídico de los tribunales los hace inmunes a las presiones del poder; y se mide observando si efectivamente participa del sistema de frenos y contrapesos a la par de los poderes ejecutivo y legislativo a través de la habilidad de hacer inexecutable los actos del poder público. Un indicio de la independencia del poder judicial es que constitucionalmente la justicia emane del pueblo (Andaluz Vegacenteno, 2010).

Las notas características del Estado neoconstitucional permiten caracterizar el tipo de juez propio de esta época como el actor fundamental y protagonista, a quien se le encomienda la gran misión de lograr que los múltiples valores de la Constitución abarquen e irradien todas las áreas de derecho y todos los sucesos de la vida, asegurándose de que los derechos fundamentales, que a

su vez son principios, se garanticen y se apliquen judicialmente a como dé lugar, especialmente a través del método de la ponderación, el cual permite armonizar ideas y expectativas contradictorias. Sin embargo, los pilares del neoconstitucionalismo han sido arduamente criticados –de la misma forma como también han sido fuertemente defendidos-, y como se verá más adelante, existen jueces que continúan comportándose de una u otra manera, a pesar de encontrarse ubicados en idéntico tiempo y lugar.

Todo lo señalado hasta este punto, desemboca en el fenómeno del activismo judicial. El incremento de la actividad judicial como resultado de las transformaciones del constitucionalismo democrático se orienta hacia la concretización de los derechos, lo cual podría resultar en una judicialización de la política o en un activismo judicial. Frente a la pregunta de si el activismo judicial es necesario para concretar derechos y cómo se afecta la democracia con ello, se explica que nos encontramos en tiempos pospositivistas, en el que además, la validez del derecho se condiciona a la democracia (Andaluz Vegacenteno, 2010).

Este fenómeno, el del nuevo papel de las Constituciones de la segunda posguerra y el nuevo papel ejercido por los nuevos tribunales constitucionales, especialmente en Europa continental, ha sido denominado como la ‘Revolución Copernicana del Derecho Público’ (Streck, 2014).

De esta forma, “a partir del siglo XX, el dilema pasó a ser: ¿cómo establecer controles a la interpretación del derecho y evitar que los jueces se apoderen de la legislación democráticamente construida?” (Streck, 2014, pág. 31).

El estado actual de cosas es un activismo judicial pragmatista, relativista y discrecional que ocasiona la fragmentación de la jurisprudencia, frente a lo cual se propone una nueva forma de interpretación constitucional lejana al metodologismo predominante en las ciencias sociales, de acuerdo con la visión expuesta por Gadamer, la cual encuentra eco en la crítica de Dworkin a la discrecionalidad de los jueces y habla de la única respuesta correcta, a la cual tienen derecho los ciudadanos que acuden a un tribunal en un Estado democrático de derecho (Streck, 2014, pág. 45).

3. Los jueces de cierre en Colombia según la materia que juzgan

3.1. El juez ordinario

El análisis de la jurisdicción ordinaria es trascendental para el objeto de estudio de esta disertación porque aporta elementos indispensables para comprender cuáles son algunas de las

herramientas tradicionales para controlar al juez, tema que será abordado de lleno en el siguiente acápite.

Se resalta que el papel preponderante que le asiste a la Corte Suprema de Justicia es el de ser un Tribunal de Casación, cuyo objetivo es garantizar un sistema judicial que respete la aplicación y prevalencia de la ley sustancial, puesto que en el recurso extraordinario de casación que pasaremos a revisar, se cumple con la función esencial de controlar la legalidad de las sentencias, en una suerte de control al control.

Siguiendo a Morales Molina (2014), la ley ha establecido medios de impugnación frente a las providencias judiciales con el objeto de enmendar los errores que en ellas pueda haber. Dichos mecanismos han sido denominados genéricamente como los recursos, los cuales “[s]on concedidos a las partes para reparar la injusticia de las resoluciones judiciales, o para corregir las irregularidades procesales contenidas en ellas y remediar la violación de la ley en que hayan incurrido” (Morales Molina, 2014, pág. 31).

Adicionalmente, los recursos han sido clasificados en ordinarios y extraordinarios. En nuestro ordenamiento jurídico encontramos como recursos extraordinarios los de revisión, casación, extensión de jurisprudencia y anulación frente a laudos arbitrales, —algunos de los cuales no pertenecen a la jurisdicción ordinaria y se tratarán más adelante—, sin embargo, nos centraremos especialmente en el recurso extraordinario de casación, como mecanismo de impugnación propicio para enmendar los errores proferidos por los jueces y el cual tiene dentro de sus finalidades unificar la jurisprudencia.

Sobre el origen de la casación, Murcia Ballén (1999) encuentra su antecedente en Roma, indicando que desde esa época no se pudo desconocer

“la circunstancia de que una sentencia, pronunciada con violación de las leyes procesales, no podía implicar absolutamente los efectos de la cosa juzgada y, por lo tanto, idearon la acción de nulidad por infracción de las formas procesales, lo cual supone ya la creación de un remedio para impedir que esas sentencias hicieran tránsito a cosa juzgada formal” (Murcia Ballén, 1999, pág. 103).

A juicio del mismo autor, en el período imperial del derecho romano la figura de los medios de impugnación adquirió una especial importancia al mismo ritmo en el que se ampliaron sus

poderes y su quehacer obtuvo el rango de función pública, sin embargo, por esa época continuaba “vigente la acción de nulidad, la cual se extiende a las sentencias que violen el *jus constitutionis*, medida política sugerida a los emperadores por la necesidad de hacer prevalecer la legislación central sobre los derechos locales, que trataban de afirmarse en los confines más remotos del Imperio” (Murcia Ballén, 1999, pág. 104).

Dentro de los medios de impugnación extraordinarios que tuvieron su cuna en Roma, se resaltan dos, a saber

“*la restitutio in integrum*, remoto origen de la revisión, que era el remedio legal contra las resoluciones en que había faltado o había sido defectuosa la defensa, o cuando se descubrían nuevos elementos de prueba o vicios en las que se tenían en cuenta para fallar; y la *querella nullitatis insanabilis*, que permitía combatir la sentencia que no era atacable por otros medios, ora fuese por defecto de presupuestos procesales, o ya por exceso o falta de poder, o por contradicción con lo juzgado, o como medio de asegurar la observancia de la ley, porque el proveimiento se había dictado contra *jus* o contra *constitutionis*” (Murcia Ballén, 1999, pág. 104).

Pero el origen más mediato a la casación como aparece contemplada hoy en nuestra legislación patria se encuentra en Francia, en donde inicialmente se tuvo como

“ejercicio de la llamada ‘justicia reservada’ (*justice retenue*) que permitía al rey, por conducto de su Consejo, conocer de un negocio contencioso. Aquél delegaba a los parlamentos de París, y posteriormente a los de provincias, el poder de juzgar; pero conservaba la facultad de retomar dicho poder en todo momento, para aniquilar los fallos de los parlamentos, dictados con violación de la ley o de las ordenanzas” (Murcia Ballén, 1999, pág. 108).

Posteriormente, con la aparición de *Le Conseil des Parties*, el recurso se abre a las partes pero sólo en casos de expresa inconsistencia con las ordenanzas, excluyendo la casación por error de hecho, falsa aplicación de la ley y por indebida interpretación de aquélla (Murcia Ballén, 1999, pág. 108). Sin embargo, quizá el hecho histórico que marca el nacimiento de la casación es la Revolución de 1789, momento en el cual,

“para darle sucesor al Consejo de las Partes, estableció, al lado del cuerpo legislativo, un organismo que llamó *Tribunal de Cassation*, cuya función esencial (...) era anular los procedimientos en los cuales las formas hubieran sido violadas y los fallos que contuvieran una *contravention expresse au texte de la loi*” (Murcia Ballén, 1999, pág. 110).

Ahora bien, partiendo de que su objetivo es restablecer el derecho ejerciendo un control jurisdiccional sobre los actos de los tribunales de instancia, el fundamento del recurso de casación es el de ser

“censura represiva, que viene a constituir lo que se ha denominado control sobre el control que ejercen los jueces en relación con la observancia de la ley por los particulares (*In judicando*), y al mismo tiempo un control sobre los actos propios del Tribunal que falla, el cual se denomina control preventivo (*in procedendo*)” (Morales Molina, 2014, pág. 49).

En este mismo sentido, otro de los aspectos propios a resaltar de la casación, como ya se había enunciado, es conseguir la unidad jurisprudencial, lo cual indica que no solo se busca controlar la observancia de la ley, sino también su interpretación uniforme, evitando los excesos de los tribunales en la aplicación legislativa (Morales Molina, 2014), “lo que constituye un agravio del inferior a las normas que rigen la vida social” (Morales Molina, 2014, pág. 50).

Sumado a lo anterior, de la constitucionalización del recurso extraordinario de casación — contemplado en el artículo 235 del texto superior—, se destacan las siguientes consecuencias: (i) la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal; (ii) la importancia de la igualdad, que exige una interpretación uniforme y unitaria de la ley; (iii) la necesidad de asegurar y observar la garantía al debido proceso a través de la corrección material de la ley, la legalidad del juicio, el respeto a los derechos individuales y el mantenimiento de un orden jurídico justo; (iv) la reparación de los agravios ocasionados a las partes por las sentencias erróneas (Tolosa Villabona, 2008).

Ahora bien, en cuanto a la procedencia del recurso, basta con señalar que por ser extraordinario las causales son taxativas y se encuentran consignadas en cada uno de los códigos procesales (Murcia Ballén, 1999).

Así, (i) en materia civil, comercial, agraria y laboral²⁷ se exige que la sentencia recurrida infrinja la ley sustancial por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea. (ii) En el ámbito laboral y de la seguridad social se adiciona el desconocimiento de la *non reformatio in pejus*²⁸. (iii) En el área penal se suman la falta de congruencia entre los cargos formulados en la sentencia y la resolución de acusación, y haberse proferido sentencia dentro de un juicio viciado de nulidad cuando se está en presencia de un caso juzgado bajo la Ley 600 de 2000, mientras que en el marco del Sistema Penal Acusatorio se prevén como causales adicionales el desconocimiento del debido proceso por la afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida y el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se haya fundado la sentencia.

El órgano de cierre de la jurisdicción civil ha sido objeto de constantes críticas porque se afirma que este solo se mueve en el plano de la legalidad sin trascender a la garantía de la constitución y porque los requisitos de procedibilidad de los recursos extraordinarios son tan exigentes que el recurso se hace prácticamente inaccesible. Además, nos atreveríamos a afirmar que lo anterior contribuyó a que la Corte Suprema de Justicia, como consejo de censura de las decisiones judiciales, fuera vista como insuficiente, puesto que gran parte de su misión fue arrebatada por la acción de tutela contra providencias judiciales.

A raíz de lo anterior el legislado buscó darle un nuevo realce al recurso, consagrando en el Código General del Proceso (art. 336) la figura de la casación oficiosa cuando sea ostensible que la sentencia compromete gravemente el orden o el patrimonio público, o atenta contra los derechos y garantías constitucionales.

Con lo expresado se pretende llamar la atención sobre la importancia de continuar ideando mecanismos de democratización de los recursos extraordinarios atribuidos a la Corte Suprema de Justicia, como por ejemplo la eliminación del presupuesto de la cuantía para recurrir en casación, de tal forma que con independencia de la importancia económica del negocio, se priorice la salvaguarda de la vigencia del ordenamiento jurídico y la garantía de los derechos de las partes.

²⁷ Numeral 1 del artículo 88 del Código Procesal del Trabajo; numeral 1 del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil; numerales 1 y 2 del artículo 336 del Código General del Proceso; numeral 1. Del artículo 207 de la Ley 600 de 2000; y numeral 1 del artículo 181 de la Ley 906 de 2004.

²⁸ Artículo 87 del Código Procesal del Trabajo

3.2. El juez administrativo

La importancia de estudiar al juez administrativo radica en dos aspectos. El primero, que es la Sección Tercera del Consejo de Estado a la que se le ha encomendado, de forma principal pero no exclusiva, la tarea de juzgar la responsabilidad patrimonial del Estado, de manera que su quehacer es sumamente relevante para esta investigación, además, debe pensarse en qué sucede si el juez que declara la responsabilidad se equivoca. En tercer lugar, es necesario manifestar la importancia de la contribución del juez administrativo en el fortalecimiento de los modelos de Estado.

A propósito de lo anterior, se abordarán la relación entre el juez y el derecho administrativo, las tensiones que se generan cuando el juez administrativo se comporta como juez constitucional y los alcancen de la Ley 1437 de 2014 en torno a la obligatoriedad del precedente, la revisión eventual de sentencias y el recurso extraordinario de súplica. Todo lo anterior se realizará a partir de la postura de Latorre González (2015).

3.2.1. El Derecho administrativo y el juez

“La relación entre el Estado y el derecho administrativo es simbiótica: este último sirve como límite al primero y como instrumento para su empoderamiento (...). A su vez, el Estado sirve como marco para la construcción del derecho administrativo” (Latorre González, 2015, pág. xix).

“Por un lado, los *modelos de Estado* influyen y construyen el derecho administrativo y, por el otro, el derecho administrativo contribuye a la concreción de dichos modelos. Y en esta relación se hace presente un actor fundamental: el *juez contencioso administrativo*, quien tiene a su cargo la interpretación de este derecho, y quien, al estar permeado por la ideología de los modelos de Estado, es un medio fundamental para potenciar o no un determinado modelo” (Latorre González, 2015, pág. xix).

Es por eso que se afirma que el juez administrativo —y no solamente el juez constitucional— “pone en movimiento, usa e interpreta el derecho legislado, teniendo un grado de influencia en el fortalecimiento o debilitamiento de un determinado modelo de Estado. Es tan relevante la labor del juez que incluso podría *cambiar* el curso de acción ideológico del derecho legislado” (Latorre González, 2015, pág. xxiii).

De esta forma, “el juez contencioso administrativo colombiano cuenta con elementos para influir en las transformaciones del derecho administrativo y, *consciente o inconscientemente*, decide sobre su uso, con lo cual puede generar el fortalecimiento del Estado social y constitucional de derecho o del antiguo Estado liberal de Derecho” (Latorre González, 2015, pág. xxv).

El nuevo papel que busca desempeñar el juez administrativo atiende a las transformaciones del derecho administrativo en la posmodernidad, el cual, de acuerdo con una visión alemana, se encuentra “inserto en un proceso de modernización y reforma que lo lleva a ser más abierto, a requerir aproximaciones interdisciplinarias y a reformularse conforme al cambio del rol del Estado. Esto es, un Estado que se convierte en promotor, facilitador, regulador y controlador de riesgos” (Latorre González, 2015, pág. 43).

“Los Derechos Humanos son entendidos como uno de los elementos que originan la transformación del derecho administrativo alemán” (Latorre González, 2015, pág. 49). Igualmente, “la relevancia que se atribuye al Estado social implica considerarlo como un Estado que se ejecuta con arreglo a un Estado de derecho, así como un Estado abierto al cumplimiento de objetivos sociales” (Latorre González, 2015, pág. 51).

Otros factores relevantes en la transformación del derecho administrativo son el fenómeno de la constitucionalización del derecho y los nuevos instrumentos de intervención estatal, que “modifica[n] la idea de un derecho jerárquico por la de un derecho consensuado que utiliza estrategias para convencer y persuadir” (Latorre González, 2015, pág. 48), en la carrera por, además de fungir como límite al poder, garantizar el cumplimiento y ejecución eficaz de los objetivos de la acción administrativa, amparándose en la de Estado cooperativo, introducida por Schmidt Assman, el cual supone la existencia de procesos de toma de decisión basados en el consenso y la negociación, producto de las relaciones entre las autoridades públicas y el sector privado (Latorre González, 2015).

3.2.2. Tensiones que se generan cuando el juez administrativo se comporta como tribunal constitucional

A pesar de que en la actualidad “poco se habla del rol del juez administrativo en el Estado constitucional, pues como el propio modelo de Estado lo impone, es el juez constitucional quien pasa a asumir su defensa y a simbolizar este modelo; [ello] no significa que sea poco útil rescatar el valor del juez administrativo” (Latorre González, 2015, pág. 85).

Para hablar de este tema, es fundamental tener en cuenta que el ordenamiento jurídico que el juez interpreta, responde a concepciones políticas e ideológicas sobre el papel de la administración pública y que la interpretación del derecho procesal incide directamente en la potencia del derecho sustancial, puesto que su efectividad depende en gran medida del primero (Latorre González, 2015).

Actualmente, el juez administrativo se encuentra en el medio de una tensión entre los principios de eficacia y de legalidad, la cual refleja a su vez la tensión existente entre Constitución y derecho administrativo. La eficacia, al entrar en conflicto con el principio de legalidad “produce una ruptura entre dos modelos de Estado: el Estado de Derecho y el Estado social de derecho”. Mientras la eficacia implica flexibilidad y discrecionalidad, la legalidad implica que el poder público solo realice lo que expresamente le es permitido (Latorre González, 2015, pág. 88).

Puesto que el principio de eficacia en el Estado social de derecho implica un deber positivo de alcanzar los resultados pretendidos por el ordenamiento jurídico, en atención a que “la cláusula de Estado social de derecho tiene eficacia hermenéutica, eficacia anulatoria y proyección normativa”. En este cometido es relevante el acatamiento del precedente judicial y el mayor valor que se otorgue a los derechos fundamentales en relación con otros postulados constitucionales (Latorre González, 2015).

En virtud del principio de supremacía constitucional, el juez administrativo debe aplicar las normas fundamentales de forma oficiosa o inaplicar las normas legales que la contradigan, pues el juez administrativo ha superado su papel clásico enmarcado en la supremacía del legislador para proteger una idea más amplia de legalidad proveniente del texto constitucional, la cual implica un fuerte cambio en la forma de interpretar el derecho no limitada a la subsunción, sino abierto a nuevos métodos de argumentación como la ponderación y en consecuencia, se acepta que el juez tiene la posibilidad de crear derecho (Latorre González, 2015).

A pesar de que el juez administrativo desempeña un importante rol en la protección de los derechos fundamentales en las acciones contenciosas y a través de la suspensión provisional, lo cierto es que las decisiones de la Corte Constitucional en sede de tutela invaden el espacio del juez administrativo amparados en la ineficacia de las acciones contenciosas y en el reconocimiento de la complementariedad entre jurisdicciones (Latorre González, 2015).

Sobre la intersección de las dos jurisdicciones, se puede añadir que en 2009 el Consejo de Estado señaló que el precedente constitucional no le era obligatorio en virtud del principio de autonomía funcional, posteriormente la Ley 1437 de 2011 estableció mecanismos para que la administración y los jueces sigan los precedentes administrativos, sin embargo, finalmente la Corte Constitucional en Sentencia C-816 de 2011 indicó que en caso de colisión entre ambos precedentes prevalece el suyo (Latorre González, 2015).

Además, “debido a la existencia de nuevas acciones constitucionales (populares, cumplimiento y tutela), los elementos que eran característicos del juez administrativo se vuelven borrosos” y se vuelve tan activista como el juez constitucional (Latorre González, 2015, págs. 108-109).

“[E]n el modelo de Estado constitucional actual, el juez administrativo presenta características que le permiten defender la legalidad, la constitucionalidad y la lógica del libre mercado. Todo ello mezclado en el mismo juez supone una mayor complejidad para la interpretación judicial y el significado del derecho administrativo colombiano (...). También vale la pena señalar que la aplicación del derecho privado por parte del juez administrativo introduce la visión económica del derecho” (Latorre González, 2015, pág. 113).

3.2.3. Alcances de la Ley 1437 de 2011

Bajo estos parámetros, la expedición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011 o CPACA) tuvo como propósito adaptar la jurisdicción al modelo de Estado social de derecho establecido en la Constitución Política, al considerar que la regulación anterior obedecía a un Estado liberal clásico (Latorre González, 2015).

Los miembros de la comisión de reforma afirman que “se trata de una nueva concepción de procedimiento administrativo que ya no es ‘un elemento para la eficacia del poder’, sino ‘una garantía para la protección de los derechos de las personas y (...) un instrumento para la realización de los mismos’” (Latorre González, 2015, pág. 80, citando a Zambrano Cetina, 2011).

Allí “la intervención del juez se concibe como excepcional, mientras que a la administración pública se le trata de impulsar con el fin de cumpla mejor su papel. No obstante,

esto no debe llevar a reconocer que también se fortalece el rol del juez” (Latorre González, 2015, pág. 83).

Para adecuar el juez administrativo al nuevo paradigma de Estado, la Ley 1437 de 2011 perfiló a un juez más suelto a través de la creación de un recurso extraordinario, un mecanismo de revisión, la figura de la extensión de la jurisprudencia, el fortalecimiento de la función consultiva, el empleo de recursos electrónicos y las medidas cautelares (Latorre González, 2015). Por eso se afirma que “en la actualidad el juez colombiano cuenta con herramientas —más ágiles— para actualizar con su interpretación el *derecho escrito* e ir al día con el cambio de la realidad social, política y económica” (Latorre González, 2015, pág. 117).

En definitiva, el CPACA irradia una visión intermedia respecto a la mayor importancia del juez o de la legislación, porque establece la prevalencia del juez, pero dada a través de la propia ley (Latorre González, 2015), por medio de las herramientas que se pondrán de presente a continuación, exponiendo algunos de sus elementos básicos y de los debates que suscitan.

3.2.3.1. *Obligatoriedad del precedente*

El nuevo código, modificando la cultura jurídica del país, y bajo la interpretación de la Corte Constitucional del artículo 230 del texto superior, le da una importancia transversal a la jurisprudencia como garantía de un trato más igualitario y justo a través del deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia, del deber de extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial y el recursos extraordinario de unificación de jurisprudencia (artículos 10, 102, 269, 270 y 271), tanto administrativa como constitucional. Respecto de esta última se determinó la existencia de una omisión legislativa, en los términos de las Sentencias C-588 de 2012, C-634 de 2011, C-539 de 2011 y C-816 de 2011 (Latorre González, 2015).

En la Sentencia C-539 de 2011 se expuso que “[l]as razones que explican por qué las autoridades administrativas deben respetar el precedente judicial son: porque es una garantía de respeto al debido proceso y al principio de legalidad en materia administrativa; que el contenido y alcance normativo de la Constitución y la ley son fijados válidos y legítimamente por las altas cortes, cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante; porque las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben fundamentarse de manera objetiva y razonable: porque el desconocimiento del precedente y con ello del principio de

legalidad, implica la responsabilidad de los servidores públicos, y porque las actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la ley” (Latorre González, 2015, pág. 122).

Sin embargo, la obligatoriedad del precedente administrativo ha desatado fuertes críticas y debates, a las cuales se aludirá paso a seguir. Por su parte, el magistrado del Tribunal del Atlántico Cerra Jiménez, s.f. sostiene que los criterios jurisprudenciales no han sido acogidos por su obligatoriedad sino por la persuasión y la razón, pues la sentencia C-836 de 2011 sobre la doctrina probable únicamente es aplicable a la jurisdicción ordinaria. De esta forma, las normas sobre el precedente del CPACA serían aplicables para la administración pero no para el juez (Latorre González, 2015).

Otro argumento en contra de la vinculatoriedad del precedente es que este, al ser obligatorio, limita la discrecionalidad judicial y es violatorio del artículos 230 de la Constitución Política de 1991 (Latorre González, 2015), “[d]e esta manera, un sistema que permita el precedente obligatorio tendría un mayor desafío para saber cómo reconocer, dentro de la gama de posibles respuestas ‘correctas’, aquella que sea válida en determinado momento y contexto” (Latorre González, 2015, pág. 134).

Otra de las críticas es que el precedente obligatorio usurpa las competencias de los demás poderes públicos en virtud del constitucionalismo popular, que debilita la democracia dándole más poderes a los representantes del pueblo que al pueblo mismo, en relación con la objeción contramayoritaria particularmente respecto del juez constitucional, quien crea normas que reemplazan a la Constitución usando el texto de las normas de forma flexible o formalista según le convenga, transgrediendo así los principios de separación de poderes, de legalidad e igualdad, creando un totalitarismo judicial que impone un valor particular de justicia. Sin embargo esta es una discusión que se puede trasladar al juez administrativo dotado de nuevos poderes (Latorre González, 2015).

De acuerdo con la siguiente crítica, cuyo autor es Tamayo Jaramillo (1795), la interpretación judicial es una herramienta política, pues a través de los precedentes se conforma un determinado modelo de Estado, del tal forma que la obligatoriedad del precedente es necesariamente indicativo de un tipo de Estado u otro. Y normalmente las posturas políticas no se explicitan en las decisiones judiciales, pues se disfrazan con distintas teorías jurídicas. Al respecto,

vale la pena señalar que no es cierto que una interpretación semántica sea neutra, pues esto parte de la idea equivocada de que el Estado carece de ideología.

Así, la crítica de Tamayo debería entenderse en el marco de la discusión que se plantea entre el ‘tradicionalismo’ y el ‘nuevo derecho’ (Latorre González, 2015) y que “siguiendo lo señalado por Diego López, implica entender que ‘el control de las fuentes del derecho es una confrontación con contenido político entre ramas del poder público (...) entre formaciones sociales con maneras alternativas de entender el Estado y la sociedad en la que cada grupo interesado usa recursos político constitucionales para modelar a su favor los contornos del sistema’” (López Medina, 2006, pág. 268).

Al respecto, la legitimidad de los jueces para crear derecho es defendida arguyendo que esta se encuentra en la Constitución, que el proceso judicial debe ser visto como una forma de participación ciudadana en la producción del derecho y que el juez llena un espacio que no puede ser ocupado por el legislador, debido al carácter unificador de la jurisprudencia que le proporciona al derecho certeza y seguridad (Latorre González, 2015).

Lo cierto es que la figura de la extensión de la jurisprudencia, que en realidad comprende los artículos 10, 102, 269 y 270 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo vistos en conjunto, plantea numerosos cuestionamientos, como por ejemplo el necesario juicio de identidad de supuestos fácticos y jurídicos respecto del nuevo caso, obviando la necesidad de los medios probatorios y del empleo de la hermenéutica por no tratarse de un juicio en estricto sentido; la conversión de las sentencias de unificación en reglas *erga omnes*; la pérdida de la función dinamizadora de la jurisprudencia en pro de la garantía del derecho a la igualdad, la protección de la confianza legítima y la seguridad jurídica, lo cual acarrea como consecuencia la pérdida de la vigencia del Estado social de derecho; y la alteración del principio de legalidad de la administración pública, puesto que con el principio de la sujeción directa a la Constitución se relativiza la exigencia de que sus facultades deban ser regladas y a su vez la conversión del precedente judicial en una facultad reglada se traduce en una especie de coadministración en la que el juez guía sin mucho margen de libertad a la administración y lo hace incluso antes de que ella actúe.

En cuanto a los recursos extraordinarios, el de unificación de jurisprudencia “tiene como fin asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los

derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida y, cuando fuere del caso, reparar los agravios inferidos a tales sujetos procesales” (art. 256 CPACA).

Respecto a la revisión eventual de sentencias, en Sentencia C-713 de 2008 la Corte Constitucional advirtió que, teniendo en cuenta el diseño constitucional, no es posible que el Consejo de Estado funcione como tribunal de casación a través del recurso extraordinario de revisión eventual, motivo por el cual este solo debe ser empleado para unificar jurisprudencia y en ningún caso para proteger derechos fundamentales, o controlar la legalidad de los fallos revisados (Latorre González, 2015).

3.3. El juez constitucional

Como es bien sabido, en Colombia todos los jueces de la República son jueces constitucionales por encontrarse insertos en un modelo de control difuso de constitucionalidad y en virtud del principio de la supremacía constitucional, que implica la sumisión de todas las autoridades a los contenidos del texto superior. Sin embargo, es la Corte Constitucional quien ha fungido como órgano de cierre no solamente de la jurisdicción constitucional, sino de todo el sistema jurídico político.

Lo anterior se afirma no solamente por habersele encomendado la guarda e integridad de la Constitución, la cual se encuentra, como ya se ha expresado, en la cúspide del ordenamiento, sino también porque a través de la revisión de las leyes y de las sentencias de tutela contra cualquier actuación de una autoridad pública, —y que cuando constituyen vías de hecho, según se explicará más adelante, alcanzan todas las decisiones judiciales que se profieran—, la Corte Constitucional tiene la facultad de revisar, anular o confirmar las decisiones provenientes de cualquier órgano estatal.

Es por eso que una de las más importantes discusiones de teoría política ha sido denominada como la dificultad contramayoritaria de la justicia. Por ser una de las controversias con más vigencia y relevancia nos centraremos en ella, acudiendo a las disquisiciones esbozadas por Gargarella (2012) como base para tal exposición.

El significado de la dificultad contramayoritaria de la judicatura puede ser resumido de la siguiente forma:

“[C]ómo puede ser que en una sociedad democrática, la rama del poder público con credenciales democráticas más débiles, el poder judicial, quede con la ‘última palabra’ institucional, y pueda así decidir, de manera ‘final’, las controversias públicas más importantes, (p. ej., cuál es la respuesta constitucional frente a reclamos hechos en nombre del derecho al aborto; el derecho a la eutanasia; el derecho al matrimonio homosexual; el derecho al consumo personal de estupefacientes; el derecho a decretar la pena de muerte; y un largo etcétera)” (Gargarella, 2012, pág. 18).

“¿Cómo puede ser que en una democracia, los jueces tengan la posibilidad de anular una ley aprobada por los representantes de la mayoría del pueblo? ¿Cómo puede ser que un minúsculo grupo de jueces, que no son elegidos directamente por la ciudadanía (cómo si lo son los funcionarios políticos), y que no están sujetos a periódicas evaluaciones populares (al tener estabilidad en sus cargos, y estar libres, así, del directo escrutinio público) puedan prevalecer, en última instancia, sobre la voluntad popular? Parece claro, al menos, que existen problemas en el hecho de que la justicia se ocupe de todo tipo de cuestiones constitucionales, como hoy lo hace, y que resuelva tales cuestiones con la autoridad que significa poder decir ‘la última palabra’, como hoy ocurre” (Gargarella, 2012, pág. 27).

Así, uno de los casos en los que se evidencia la dificultad contramayoritaria es la tensión que existe entre la democracia y la función judicial de revisar leyes, por ser uno de esos casos en los que “el órgano con menor legitimidad democrática, dentro de la división de poderes, impone su autoridad sobre los restantes” (Gargarella, 2012, pág. 29).

A pesar de que se advierte que en ámbitos como el nuestro no deberían preocuparnos los excesivos poderes del juez, pues históricamente el poder más amenazante ha sido el ejecutivo y no es adecuada la idea de dejar la última palabra en manos de un órgano mayoritario como el legislativo porque se encuentra exento de controles y dominado por poderosos grupos de interés, lo cierto es que las amplias potestades del juez para tomar decisiones de altísima importancia para toda la sociedad, han generado innumerables cuestionamientos sobre las implicaciones que ello tiene sobre la soberanía popular, la democracia y el sistema de frenos y contrapesos.

Vale la pena hacer la salvedad de que esta crítica al carácter contramayoritario de la justicia no implica estar de acuerdo con un ordenamiento mayoritario, pues ya está visto que los órganos

políticos (el parlamento y el poder ejecutivo) no funcionan de un modo aceptable y distan mucho de representar a la ciudadanía; además, las decisiones no son defendibles por el mero hecho de contar con apoyo popular; y por último, todo depende de la visión de democracia que se adopte (Gargarella, 2012).

Entonces, la propuesta de Gargarella es la de descartar la identificación de la democracia con el poder político o la ‘voluntad general’, la cual es una idea ‘ingenua, malintencionada [y] mal fundada’; y en su lugar, acoger el concepto de democracia deliberativa (Gargarella, 2012), entendida como “un sistema en el que las decisiones política están sujetas al control popular pero en el que la deliberación y el intercambio de razones juegan un rol decisivo” (Gargarella, 2012, pág. 13).

La democracia debe permanecer vigente no solamente por ser la menos mala de las formas de gobierno existentes, sino porque “se sustenta en la idea de la igualdad de los miembros de la comunidad política y en la conveniencia de extender el poder y la participación en la toma de decisiones a todos” (Montaña Pinto, 2012, pág. 21, citado por Gargarella, 2012, pág. 20). Además, no debería pensarse en la posibilidad de arrebatarse a la ciudadanía el poder de decisión para dárselo a una élite política alejada de la participación popular como los tribunales constitucionales, a lo cual se agrega que el control y la decisión popular son de la esencia de un ordenamiento republicano (Gargarella, 2012).

Sin embargo, tampoco debe desaparecer el constitucionalismo, entendido como un antónimo de la democracia, por ser “aquella ideología, o mejor dicho, tecnología que hace posible el gobierno moderado y la limitación del poder. Adicionalmente, una concepción del Estado democrático vinculado a los Derechos Humanos y sostenido en la participación popular “no se puede desarrollar y garantizar sin realizar un cambio copernicano paralelo en relación con el papel de la función judicial y del juez respecto del modelo político” (Montaña Pinto, 2012, pág. 21, citado por Gargarella, 2012). Es por eso que se requiere un juez que trascienda el principio de legalidad y se comprometa con los derechos, con la Constitución y con las limitaciones al poder (Montaña Pinto, 2012, parafraseado por Gargarella, 2012).

De esta forma, para tener un sistema político en el que se respete tanto la voluntad de las mayorías como la voluntad de las minorías, desde una perspectiva radical, el papel del juez debe

garantizar que todos los posibles afectados tomen parte en el proceso de toma de decisiones y reconocer que los procesos de toma de decisiones mayoritarias son falibles.

Algunas alternativas son emplear la técnica del reenvío de leyes desde el poder judicial hacia el legislativo para fortalecer el diálogo entre ellos, fortalecer la vinculación entre el poder judicial y los grupos socialmente minoritarios y la realización de algunas reformas a la justicia (Gargarella, 2012).

Para ahondar más en estos temas debe partirse entonces de que la jurisdicción carece de suficiente legitimidad democrática no solo por su alcance, sino incluso por su origen histórico — según se explicará—, y para dar respuesta a esta dificultad se han propuesto distintas soluciones al carácter contramayoritario del poder judicial, dentro de las cuales se encuentran las soluciones conservadoras, populistas, intermedias y radicales. Por último se expondrán las soluciones propuestas desde la perspectiva de la democracia deliberativa como postura defendida por Gargarella, quien es el autor seleccionado para el relato de esta problemática.

Existen muchas posturas sobre el origen histórico del control de constitucionalidad de las leyes, sin embargo, aquí únicamente expondremos la versión del ya mencionado autor, quien argumenta que el origen de esta práctica se encuentra en el sistema estadounidense del siglo XVII, cuando “la cuestión judicial comenzó a concentrar la atención de la clase dirigente norteamericana frente a un creciente temor ante las acciones de las asambleas legislativas estatales” (Gargarella, 2012, pág. 35), influenciadas notablemente por la ciudadanía a partir de la Revolución Norteamericana, acaecida en 1776 (Gargarella, 2012).

Esta situación se produjo en un contexto socioeconómico muy particular, en el cual los ingleses exigieron saldar sus deudas a los grandes propietarios y mercaderes norteamericanos, quienes a su vez presionaron a sus deudores campesinos y pequeños propietarios, lo que ocasionó un endurecimiento económico. Los más afectados por la guerra fueron los campesinos, motivo por el cual se movilizaron buscando remedios para su situación queriendo que les aceptaran su pago en especie y no en moneda (Gargarella, 2012). “Frente al ‘acoso’ judicial y político que sentían, la primera medida tomada por los deudores fue la de reunirse en asambleas locales para redactar petitorios y presentarlos ante sus respectivas legislaturas (...). [Así,] “cansados de protestar sin respuesta frente a las legislaturas, los deudores procedieron a rebelarse frente a los jueces” (Gargarella, 2012, págs. 39-40).

En consecuencia, la visión contramayoritaria de la política surgió como reacción contra las asambleas legislativas, pues “[p]ara la tradicional clase dirigente norteamericana, situaciones como las descritas constituyeron una afreta inaceptable, posiblemente peor que la representada por los mismos levantamientos armados” (Gargarella, 2012, pág. 42).

Es por eso que algunos de los personajes sobresalientes de la época arremetieron contra la democracia. Por ejemplo, Alexander Hamilton consideró que la legislatura se había usurpado y los representantes populares podrían convertirse en dictadores perpetuos. En la misma línea se pronunciaron George Washington y Theodore Sidgmick. Entonces, el poder democrático fue visto como un instrumentos de tiranía y opresión (Gargarella, 2012).

De esta forma, como visión de la política en torno al sistema representativo, “se partió de la idea de que las asambleas legislativas habían actuado con inaceptable imprudencia, y se llegó a sostener que las mismas habitualmente actuaban así, y que por ello debían ser limitadas” (Gargarella, 2012, pág. 44).

Esta conclusión se basó en las siguientes consideraciones: (i) la ciudadanía común no puede percibir los pocos principios verdaderos que existen en la política, siguiendo el pensamiento de Locke; (ii) las mayorías tienden a actuar irracionalmente, dejándose llevar por las pasiones, dejándose seducir por demagogos y politiqueros, actúan de acuerdo con intereses parciales que no se identifican con los grandes intereses de la nación, los cuales solo pueden ser conocidos y protegidos por algunos individuos especialmente virtuosos (Gargarella, 2012).

Para solucionar la falta de control y el fraccionamiento causado por las Asambleas Legislativas, la organización del poder judicial juega un importante papel. La idea base de esta organización es que en vista de que las mayorías pueden actuar imprudente y desmesuradamente, es necesario proteger especialmente a algunas minorías. En ese contexto no se entendió como minoría un grupo sin poder efectivo, sino un grupo reducido en número, que en este caso se trataba de los acreedores, quienes eran los más favorecidos de la sociedad en términos económicos (Gargarella, 2012).

Fue así como se optó por la creación de un sistema de frenos y contrapesos que asegurara el control mutuo entre las áreas del poder y que ninguna parte de la sociedad oprimiera a la otra. Para lograr esto, es necesario que las distintas partes de la sociedad estén representadas

institucionalmente, de tal forma que resolviendo los conflictos a un nivel institucional se logre resolver los conflictos a un nivel social (Gargarella, 2012).

En este contexto, era necesario que los jueces se apropiaran de la Constitución y revisaran las actuaciones del legislador. De esta forma los jueces permanecerían alejados del pueblo y de simpatizar con él, porque la independencia judicial es prerequisite de la protección de la Constitución y de los derechos individuales (Gargarella, 2012).

Después de este proceso Constitucional, la idea de la revisión judicial de las leyes terminó de consolidarse con el famoso caso ‘Marbury vs. Madison’ por el juez Marshall, quien en su sentencia elaboró el concepto de la supremacía constitucional (Gargarella, 2012).

“En uno de los párrafos más sobresalientes de la sentencia, Marshall sostuvo que hay solo dos alternativas –demasiado claras para ser discutidas-: o la Constitución, controla cualquier ley contraria a aquélla, o la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que las leyes, y por lo pronto, como cualquiera de ellas puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que el Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; pero sí en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza” (Marbury Vs. Madicon citado por Gargarella, 2012, pág. 63).

Una vez reseñado a profundidad el problema de la falta de legitimidad democrática de los jueces, se hará alusión en primer lugar a las soluciones conservadoras al carácter contramayoritario del poder judicial.

Una de las tradiciones conservadoras más relevante es la que sostiene que “*para la toma de decisiones políticas correctas e imparciales no era necesario consultar a todos los individuos potencialmente afectados por tales decisiones*. Esta tradición tendió a vincular la idea de imparcialidad con la reflexión aislada de algún individuo, o de algún reducido número de individuos y no —como propondrían sus rivales teóricos— con algún proceso mayoritario de participación o discusión política” (Gargarella, 2012, pág. 67).

Una vertiente elitista dentro de esta tradición conservadora indica que no es necesario consultar a todos los posiblemente afectados porque las buenas decisiones solo pueden ser garantizadas por la reflexión de algunos individuos virtuosos e ilustrados. Algunos de los exponentes de la posición conservadora son John Locke, Adam Ferguson y Edmund Burke (Gargarella, 2012).

“Esta convicción acerca de la necesidad de diferenciar a los funcionarios públicos respecto de los ciudadanos comunes tuvo su expresión más alta, seguramente, en lo relacionado con los miembros del poder judicial: los jueces no solo debían decidir en última instancia sobre las más fundamentales cuestiones constitucionales, sino que, además, tenían la posibilidad, por medio de sus fallos, de contradecir al Legislativo. Por ello, los ‘poderes fundadores’ se preocuparon por estructurar el poder judicial, de modo que las decisiones de sus miembros tuvieran las mayores garantías de ser imparciales. Ello requería –conforme a los presupuestos antes mencionados- contar con un cuerpo de jueces a) muy poco numeroso; b) aislado del calor del debate público, y c) formado por individuos especialmente capacitados” (Gargarella, 2012, pág. 70).

A las críticas autores como Hamilton hicieron frente argumentando que el poder judicial no es superior al legislativo por tener la facultad de anular las leyes y que en lugar de contrariar la voluntad soberana del pueblo, la reafirma ratificando la supremacía de la Constitución, entendida como el documento que refleja de una forma más fiel la voluntad soberana del pueblo (Gargarella, 2012).

Al respecto, los principales argumentos en contra de esta tesis propuesta por Hamilton y Marshall son: (i) el argumento histórico sostiene que no es correcta la premisa base, esto es, que la Constitución refleje la voluntad del pueblo; (ii) el argumento intemporal acepta el carácter especial del proceso constituyente, sin embargo, se considera que este profundo y meditado consenso popular puede darse en las nuevas generaciones, quienes no están obligadas a hacer prevalecer la voluntad de unas personas que probablemente ya no estén vivas; y (iii) el argumento sobre la interpretación, que critica que se asume que la tarea constitucional de los jueces es automática, olvidando que en muchas ocasiones los jueces agregan al texto soluciones normativas que no están explícitamente incorporadas y deberían ser decididas por la ciudadanía (Gargarella, 2012).

Para justificar la labor interpretativa de los jueces al realizar el control judicial de las leyes se proponen dos tipos de argumentos, los originalistas y los no originalistas. De acuerdo con los primeros, es suficiente con que los intérpretes se adentren en su significado original sin necesidad de ir más allá, es decir, que la tiranía de los jueces se evita recurriendo a las intenciones originarias de los autores de los textos legales. Algunos de sus expositores son Hamilton, James Wilson, juez Story y juez Black (Gargarella, 2012).

Mientras que los argumentos no originalistas reconocen que en ocasiones los jueces deben buscar las respuestas a los casos por fuera de la Constitución, para lo cual se propone aplicar fórmulas que hayan sido exitosas, que cuenten con aceptación general y generen seguridad jurídica. Algunos de los expositores de esta teoría son Edmund Burke, Thomas Paine, juez Oliver W. Holmes y Terrance Sandalow. Sin embargo, legitimar las decisiones apelando a las tradiciones no fue suficientemente apoyado. Al rescate salieron el derecho natural, los principios neutrales, el recurso al consenso y los principios filosóficos de Bickel y Dworkin (Gargarella, 2012).

En segundo lugar, las soluciones populistas al carácter contramayoritario del poder judicial —pertenecientes a la tradición radical—, surgieron como respuesta a las posturas conservadoras, que en lugar de restringirse, debía ampliarse la participación de los ciudadanos comunes en las decisiones que los afecten directamente porque todas las personas se encuentran igualmente dotadas de razón y son capaces de auto gobernarse, enlazando así la reflexión colectiva con la adopción de decisiones políticas imparciales (Gargarella, 2012).

El populismo, que es una idea tomada de H. Hart, influenciado por Jean Jacques Rosseau, indica que las decisiones imparciales y más correctas son definidas por la opinión de las mayorías no solo buscando la reivindicación del respeto por la voz del pueblo, sino como crítica al sistema representativo como forma errónea de delegar la libertad y el poder, que desencadena en la tiranía. Igualmente, un buen sistema de gobierno, no es tanto el que se basa en una compleja estructura de frenos y contrapesos, sino que debe implicar, además de una estricta separación de poderes, la existencia de controles directos de la ciudadanía (Gargarella, 2012).

Las exigencias del populismo en materia de control de constitucionalidad se han interpretado de formas distintas. Una de ella se ve reflejada en la Francia posrevolucionaria, es decir que en este campo los jueces deberían subordinarse al parlamento, quien expresa la voluntad

popular de forma legítima y así, podría erigirse como la última autoridad en cuestiones constitucionales (Gargarella, 2012).

Como referente histórico, se hace alusión a que la supremacía de la voluntad popular fue defendida en Francia posrevolucionaria, en donde anidaron con más fuerza los principios de confianza en el pueblo, habida cuenta de que antes de la revolución existían unos tribunales superiores que usualmente invocaban principios no escritos como principal fuente de autoridad para defender el antiguo orden feudal, de tal forma que en tiempos de la Revolución se entendía que la autoridad principal e incuestionable era la expresión de la voluntad popular expresada en la ley, siendo impensable un mecanismo de frenos y contrapesos como el norteamericano porque este implica que cada órgano tenga cierto grado de injerencia en el otro (Gargarella, 2012).

Las críticas al principio populista de organización del control de las leyes, es decir, en contra de arrebatarle a los jueces el control de constitucionalidad para dárselo a los órganos de mayor representación popular son que “no es fácil defender la plausibilidad de un control constitucional meramente mayoritario, ni es obvio que los acuerdos mayoritarios tengan algo que ver con el consenso ideal al que se suele apelar para buscar justificación, ni tampoco está claro que las mayorías legislativas se identifiquen con las mayorías ciudadanas” (Gargarella, 2012, pág. 118).

Para poner de presente la necesidad de corregir y controlar la voluntad del legislador, en primer lugar se señala que es filosóficamente equivocado considerar que las mayorías ciudadanas se identifiquen con las soluciones más justas y que nunca se equivoquen, motivo por el cual ellas mismas no deberían controlar sus propios actos, es decir, que sean jueces de sí mismos. En segundo lugar, se afirma que no es cierto que con la suma de las voluntades individuales la sociedad logre gobernarse de una manera consciente, informada y autónoma. En tercer puesto, se argumenta que las decisiones tomadas por las legislaturas también se diferencia de las mayorías ciudadanas porque se trata de un gobierno representativo, y no de uno directo, en la incapacidad de representar la diversidad de intereses existentes en la sociedad (Gargarella, 2012).

En cuanto a las soluciones intermedias al problema del control de las leyes, ubicadas en el medio de las posturas elitistas y las posturas populistas, estas aceptan el predominio judicial de las leyes pero buscando debilitar sus rasgos más conservadores (Gargarella, 2012).

Una de las alternativas propuestas es la de facilitar el acercamiento entre la ciudadanía y el proceso judicial a través de grupos de presión representantes de los sectores menos aventajados, los cuales normalmente tienen serios problemas para acceder a la justicia. Otra idea para democratizar la justicia es la introducción de jurados y jueces laicos. Una tercera vía para atenuar el conservadurismo de la revisión judicial es la modificación de la designación de los jueces. También se plantea politizar al tribunal y concebirlo como el legislador negativo, de tal forma que los jueces no decidan únicamente con base en criterios técnicos (Gargarella, 2012).

Las soluciones intermedias son criticadas por ser una especie de *pañitos de agua tibia* al problema de conservadurismo, que no aportan una solución de raíz, sin cuestionar la visión corporativista de la democracia subsistente, en la que existe un choque entre los distintos grupos de interés y gana el que cuente con el mejor grupo de abogados (Gargarella, 2012).

Por su parte, la tradición radical democrática deliberativa no populista —defendida por Gargarella—, la cual sería la tradición genuinamente radical, se opone a las concepciones elitistas porque “este radicalismo no populista toma como punto de partida que todas las personas son creadas iguales y están igualmente dotadas de razón” (Gargarella, 2012, pág. 141). También se distancia de la tradición conservadora porque reafirma la necesidad de que las decisiones sean tomadas “*tomando en cuenta, efectivamente, la opinión de todos los individuos potencialmente afectados* por la decisión en juego, [pues de lo contrario] se corre el fuerte riesgo de ignorar o pasar por alto información relevante” (Gargarella, 2012, pág. 142).

La tradición genuinamente radical defiende la más amplia intervención pública en el proceso de toma de decisiones porque “aunque los demás estén bien predispuestos respecto de uno, no obstante, pueden (y suelen) tener dificultades para conocer, interpretar, juzgar y defender unos intereses que en última instancia les son ajenos”. De otro lado, para la tradición radical no es obvio que las decisiones imparciales se identifiquen con los acuerdos mayoritarios, pues quienes disienten de la opinión de la mayoría no necesariamente están equivocados (Gargarella, 2012, pág. 143).

Así pues, las mayorías no son infalibles, pueden equivocarse por falta de información, por prejuicios, por tomar decisiones apresuradas o por falta de reflexión suficiente. Sin embargo, la desconfianza hacia las mayorías y la preocupación por las minorías no debe convertirse en conservadurismo, “sino que lo que se requiere es mejorar el proceso de toma de decisiones, sin

necesidad de echar por la borda el saludable principio de ‘tomar efectivamente en cuenta la opinión de cada uno de los posibles afectados’” (Gargarella, 2012, pág. 143).

“Para los radicales no populistas, la gran pregunta era la de *cómo conciliar el principio de preferencia por la voluntad mayoritaria con la convicción de que la regla de la mayoría era falible, y la de que los representantes no solo no se identifican necesariamente con las mayorías, sino que tendrían a actuar de un modo autointeresado*. En líneas generales, y a partir de tales instituciones, la estrategia radical no populista mantuvo los siguientes rasgos: en primer lugar, procuró dejar en claro su rechazo hacia los instrumentos ‘aristocratizantes’ de control institucional (esto es, típicamente la institución del Senado); en segundo lugar, procuró asegurar la mayor responsabilidad de los mandatarios y la creciente intervención popular en los asuntos públicos, y en tercer lugar, intentó mostrar que dicho reconocimientos de la voluntad popular no implicaba una confianza dogmática en las virtudes de la participación mayoritaria” (Gargarella, 2012, pág. 144).

La crítica a la institución del Senado llama la atención sobre la necesidad de establecer mayores controles sobre los funcionarios electos, defiende un mayor protagonismo ciudadano en la función pública y se interesa por mejorar la calidad de las decisiones políticas para que no sean apresuradas o movidas solamente por la pasión (Gargarella, 2012).

De otra parte, la Constitución puede ser vista como una forma en la que una generación limita a la siguiente, cuando en realidad cada generación debería fijarse sus propias reglas. Así, surge la necesidad de resolver la tensión entre la necesidad de contar con una Constitución relativamente estable y la garantía del autogobierno, y de otro lado, también surge la necesidad de abarcar el problema de la custodia de la Constitución, es decir, el respeto por las reglas de juego autoimpuestas y la existencia de un organismo encargado de ello²⁹ (Gargarella, 2012).

²⁹ Para el efecto, en la Constitución de Pensylvania de 1776 se propuso la creación de un consejo de censura de origen popular que evaluara periódicamente el funcionamiento de la Constitución. En el Contexto posrevolucionario francés se destaca la propuesta de Emmanuel Sieyés consistente en crear un tribunal constitucional, la función de este tribunal es “pronunciarse sobre las denuncias de violación de la Constitución, dirigidas contra las normas legislativas (...) y funcionaba como un ‘taller de proposiciones para las reformas que, con el tiempo [exigía] el texto de la Constitución’” como una especie de perfeccionamiento gradual. Este tribunal no debía participar en el proceso de formación normativa. Sin embargo, la propuesta fue unánimemente rechazada por la Asamblea porque una institución como esa podría arrasar con la organización política. A pesar de tal rechazo, la idea fue relativamente plasmada en lo que

Es por eso que Gargarella toma como punto de partida la distinción realizada por Ackerman entre dos tipos de decisiones fundamentales en una democracia: las decisiones constitucionales, que son las que toman el conjunto de los ciudadanos, y las decisiones que son tomadas por el gobierno en representación de la ciudadanía expresadas en las leyes (Gargarella, 2012). “Así pues, los jueces deben respetar tanto aquel acuerdo constitucional básico, como todos los grandes acuerdos posteriores, si no quieren convertirse en jueces contramayoritarios” (Gargarella, 2012, pág. 156).

A pesar de que la teoría esgrimida por Ackerman resuelve muchos de los inconvenientes de la *judicial review*, es criticada de la siguiente manera: (i) no solamente existen dos niveles de acción política, sino muchos; (ii) sobre el papel del juez, se pregunta cuál es la razón para creer que es él la institución más capacitada para distinguir entre los distintos niveles normativos y por qué tiene que ser la justicia la que se encargue de proteger las decisiones constitucionales (Gargarella, 2012).

Gargarella critica algunos aspectos de la posición de Ackerman porque su teoría constitucional “relega a las ‘mayorías’ a un papel relativamente secundario y pasivo (...). Por otra parte, Ackerman parece depositar una indebida confianza en las virtudes de los ‘frenos y contrapesos’ en la tarea de creación legislativa” (Gargarella, 2012, pág. 164). Por ello, después de tomar a Ackerman, Gargarella usa la teoría de Ely, otro autor perteneciente a la corriente genuinamente radical, cuyo mayor déficit es su concepción sobre la democracia, motivo por el cual se adhiere al resto de sus posturas, pero plantea una alternativa distinta sobre el significado de la democracia.

“En opinión de Ely, los jueces podrían realizar un aporte crucial en la elaboración de políticas públicas, pero dicho aporte excluía la posibilidad de que los jueces ocuparan el lugar de los legisladores y nos presentaran soluciones que, más bien, correspondían a los órganos políticos” (Gargarella, 2012, pág. 169).

Su propuesta se orienta hacia la restricción de la participación del poder judicial en algunas cuestiones. Este autor pone en el centro de la escena la voluntad política y además elogia que la

posteriormente se denominó como el Senado Conservador, el cual ha sido un punto de referencia hasta nuestros días (Gargarella, 2012, págs. 150-152).

Corte intervenga en pro del buen funcionamiento de la democracia y que se preocupe por la protección de las minorías, sin embargo, “la función de la Corte quedaba limitada (a diferencia de lo que podría proponer Ackerman) en cuanto al tipo de causas en las que estaba habilitada a participar: la Corte debía ocuparse de los procedimientos y no de las decisiones acerca de los valores” (Gargarella, 2012, págs. 170, 173).

De esta forma, “los jueces no deben reemplazar a los ciudadanos en la resolución de conflictos morales básicos, sino que, en cualquier caso, deben ponerse a su servicio para asegurar que la decisión que se tome sea el resultado de un auténtico proceso de reflexión colectiva” (Gargarella, 2012, pág. 174).

“Reconocer en la Constitución un documento dirigido, fundamentalmente, a la definición de cuestiones procedimentales no implica afirmar que esta se desentienda de los problemas de ‘valores’. Los procedimientos y la estructura de gobierno propuestos en la Constitución están enfocados a asegurar que tales valores sustantivos puedan ser sujetos de la decisión colectiva, que todos puedan participar en esta toma de decisiones, y que no se discrimine a nadie en la aplicación de los valores colectivamente definidos” (Gargarella, 2012, pág. 172).

Sin embargo, con lo que no concuerda Gargarella, es con que Ely defienda una concepción pluralista de la democracia, cuyo valor “reside en el hecho de asegurar una situación de estabilidad en la que ningún grupo –de los diferentes grupos que componen la sociedad- llegue a dominar a los demás”, evitando las tiranías institucionales (Gargarella, 2012, pág. 174).

El pluralismo es criticado porque se cuestiona el tipo de estabilidad política que defiende, porque la democracia busca alcanzar objetivos muchos más amplios que restringir las mutuas opresiones existentes, siendo hipócrita en cuanto a la igualdad, porque so pretexto de asegurar la estabilidad política descuida asegurar el predominio de las ideas más justas y valiosas (Gargarella, 2012).

Es allí donde surge la propuesta de la democracia deliberativa, la cual

“parte de la idea de que un sistema político valioso es aquel que promueve la toma de decisiones imparciales, esto es, decisiones que no resultan sesgadas indebidamente en beneficio de alguna persona o grupo, sino que tratan a todos con igual consideración

(...). Pero tal afirmación no implica una defensa dogmática o ciega de cualquier sistema de gobierno democrático, si por tal se entiende –simplemente– aquel sistema organizado a partir del voto periódico de los ciudadanos. No solo se defiende la democracia porque en ella se valora el sufragio, sino también, fundamentalmente, porque se valora el proceso que antecede al sufragio, que es un proceso de reflexión colectiva (...). [Q]uienes apoyan esta visión ‘deliberativa’ de la democracia entienden que la principal virtud de la democracia es la de que en ella se facilita y promueve la discusión pública” (Gargarella, 2012, pág. 178).

Para defender la idea de la deliberación se presentan las siguientes razones: (i) la deliberación es una especie de filtro externo de las propias convicciones que logra evidenciar y eliminar los errores presentes en nuestros juicios; (ii) la deliberación enriquece los propios juicios porque provee información y un panorama más amplio de las posibilidades; (iii) a través de las discusiones es posible deshacerse de prejuicios, malentendidos y errores interpretativos que afectan negativamente las decisiones; (iv) tiene la virtualidad de forzar a las personas a modificar sus argumentos para que los demás los acepten; y (v) la deliberación tiene un carácter educativo (Gargarella, 2012).

Es común entre la concepción pluralista y la concepción deliberativa de la democracia estar de acuerdo en que los ciudadanos —y no los jueces— son quienes deben pronunciarse en cuestiones sustanciales y ello hace necesario que exista un órgano encargado de hacer respetar por procedimientos democráticos, porque para un defensor de la democracia deliberativa “cualquier restricción arbitraria a la libertad de expresión, la discriminación de alguna minoría, o la violación de los procedimientos electorales implican unos obstáculos fundamentales para que se pueda desarrollar un diálogo público significativo” (Gargarella, 2012, pág. 181).

Existen cuestiones que en una democracia deliberativa deberían quedar por fuera del alcance de los legisladores y los jueces, pues la voluntad de las mayorías también tiene límites. “[A]sí como no resulta aceptable que un individuo imponga su voluntad sobre la del resto, en asuntos que son del interés de todos, tampoco lo es que la comunidad imponga a alguno de sus miembros decisiones que tienen que ver con planes de vida individuales” (Gargarella, 2012, pág. 185).

De esta forma, cuando choca la autodeterminación de la comunidad con el autogobierno individual, es necesario distinguir dos niveles de moral: la personal y la intersubjetiva. “La moral personal sería la que prescribe o prohíbe ciertas conductas por sus efectos sobre el propio individuo actuante, y la moral intersubjetiva sería la que prescribe o prohíbe ciertas conductas por su efectos respecto de terceros”. Se insiste en que en el ámbito de la moral privada el único soberano es el sujeto directamente involucrado, de tal forma que la democracia no puede imponer ideales de excelencia humana, aun cuando los individuos necesiten del diálogo para cualificar sus decisiones individuales (Gargarella, 2012).

“En cambio, y respecto de aquellas decisiones que trascienden el ámbito de la moral privada (por ejemplo, una decisión relacionada con cómo distribuir la riqueza generada por todos) (...) parece valioso que todos los agentes involucrados establezcan cómo resolverlas” (Gargarella, 2012, pág. 187).

Para distinguir los dos ámbitos morales, Gargarella propone acudir a los siguientes criterios: (i) distinguir entre las acciones y sus efectos, como por ejemplo beber alcohol y embriagarse; y (ii) Evaluar el grado de afectación a terceros de las decisiones individuales de otros, conforme con el plan de vida elegido por el afectado sin evaluar su valor, como por ejemplo la afectación a terceros proveniente de adoptar un modo de vida homosexual. En consecuencia, En materias que los soberanos son los individuos, la tarea de los magistrados, en todo caso, podría ser la de mantener la integridad de la autonomía de los individuos (Gargarella, 2012).

Finalmente, para lograr poner en práctica toda esta dinámica, el autor propone que se realicen reformas institucionales al control de constitucionalidad. Algunos de los mecanismos sugeridos son el ‘reenvío’ para fortalecer la discusión institucional y quitarle al poder judicial la última palabra sobre las cuestiones constitucionales, así como una mayor vinculación entre las minorías sociales y el poder judicial, puesto que ya no existen razones para pensar que el poder judicial va a guiar su función hacia la protección de las minorías (Gargarella, 2012).

Al respecto, es importante tener en cuenta que la reforma política y la reforma del poder judicial implica restringir el poder que hoy por hoy ejercen los jueces, que de acuerdo con la dinámica del sistema de frenos y contrapesos repercutiría en un aumento proporcional del poder de alguna de las ramas restantes, lo cual podría resultar contraproducente si se tienen en cuenta los datos históricos sobre cómo le ejecutivo y el legislativo han ejercido el poder público. Es por eso

que una reforma al poder judicial requiere una reforma general al sistema político (Gargarella, 2012).

3.4. Jueces internacionales con jurisdicción en Colombia

Para responder a la pregunta sobre quién es el juez, es necesario incluir algunas consideraciones sobre los jueces internacionales con jurisdicción en Colombia, quienes, en vista del fenómeno de la internacionalización del derecho administrativo, no podrían ser ajenos a la responsabilidad del Estado por el hecho del juez.

Bajo esta consideración, se expondrán algunos aspectos importantes sobre la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Internacional de Justicia, la Corte Penal Internacional y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones.

3.4.1. Corte Interamericana de Derechos Humanos

A continuación se enseñará brevemente el contexto político en el cual surgió el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, las funciones asignadas a la Corte de acuerdo con la Convención, las reglas de acceso a su jurisdicción y las principales razones por las cuales se ha encontrado responsable al Estado colombiano de la violación de los Derechos Humanos. Además de lo anterior, se hará alusión a algunos aspectos controversiales sobre su actividad, como la aplicación de las exigencias del Estado de derecho al sistema interamericano, el desconocimiento de sus sentencias por parte de los Estados y el Control de convencionalidad.

Frente a los inconvenientes en el manejo del poder, las violaciones de los Derechos Humanos por parte de los Estados y el resurgimiento del autoritarismo en el seno de las democracias del siglo XII, fue necesario defender los Derechos Humanos a través del acceso al derecho internacional y a los tribunales internacionales (Ventura, 2007, citado por Carvajal Martínez, 2015, pág. 105). De esta forma,

“la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que entró en funcionamiento el 18 de julio de 1978, es un órgano jurisdiccional internacional creado a través de la Convención Interamericana de Derechos Humanos de la organización de Estados americanos (OEA). Su principal función es la de evaluar la presunta responsabilidad de los Estados con respecto a las violaciones a los derechos consignados en la Convención americana de Derechos Humanos, una vez que los casos han sido

conocidos y evaluados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos” (Carvajal Martínez, 2015, pág. 106).

Según el artículo 33 de la Convención Americana, la Corte es competente para conocer los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos de los Estados y para conocer casos sobre interpretación y aplicación de las normas interamericanas, siempre que los Estados hayan reconocido su competencia (Benavides Casals, 2015).

En virtud del principio de la subsidiariedad, para acudir al Sistema Interamericano es necesario haber agotado los recursos internos. Esta regla se exceptúa cuando se presenta un retardo injustificado en la jurisdicción interna, cuando la legislación interna no proteja el debido proceso, cuando se haya negado a la presunta víctima el acceso a la jurisdicción interna, o se le haya impedido agotar los recursos (Carvajal Martínez, 2015).

“[L]os casos tramitados contra Colombia por la violación de lo consagrado en la Convención Interamericana de Derechos Humanos revelan profundas fallas en el régimen político y democrático del país. Más allá de las condenas, las sentencias evidencian un sistema político en donde toda la estructura del Estado tiene responsabilidad por las muertes de millares de colombianos, bien porque han existido leyes permisivas o porque la estructura de la administración de justicia no funciona con prontitud y eficiencia; o bien porque aquellos que deben proteger la vida de los colombianos no lo hacen” (Carvajal Martínez, 2015, pág. 119).

Existe una discusión sobre si la noción de Estado de derecho es aplicable a los sujetos de derecho internacional en el proceso de creación del derecho (Candia Falcón, 2015), de tal forma que “tanto los Estados como dichos tribunales se reconocen limitados por la supremacía del derecho, similar en cierto modo a la relación virtuosa entre los miembros de una comunidad política a nivel nacional” (Candia Falcón, 2015, pág. 234).

La aplicación de las exigencias del Estado de derecho al Sistema Interamericana implica que

“los Estados están llamados a sujetar su acción al derecho dictado por ellos mismos a través de la Convención Americana y a cumplir las sentencias de la Corte IDH que aplican el tratado. Pero, al mismo tiempo, la propia Corte está llamada a ajustar su

actuación interpretativa y creativa al derecho otorgado por los Estados, haciéndose cargo de las expectativas que ellos mismos tenían al momento de la promulgación de la Convención” (Candia Falcón, 2015, pág. 238).

A pesar de lo anterior, para algunos escritores existen ciertas actitudes de la Corte que entran en tensión con algunos elementos del Estado de Derecho, como por ejemplo la doctrina de los derechos implícitos, la relativización de la protección del derecho a la vida, la apertura de procesos penales finalizados, el control de convencionalidad y el recurso de revisión de las sentencias dictadas por la misma Corte IDH (Candia Falcón, 2015).

Es importante profundizar en el concepto de control de convencionalidad que se encuentra en la intersección entre el derecho constitucional y el derecho internacional, cuyo fundamento normativo se encuentra en los artículos 1° y 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en virtud de los cuales se obliga a los Estados a adoptar disposiciones legislativas o de otra índole para respetar y garantizar sin discriminación los derechos convencionales; y en los artículos 27 y 47 de la Convención de Viena, de acuerdo con los cuales los tratados deben ser cumplidos de buena fe y el derecho interno no es una razón válida para justificar su incumplimiento (Sagües, 2010); lo que implica la confrontación de los actos de la autoridad interna con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la introducción del concepto de Estado convencional de derecho (Olano García, 2016).

Esta doctrina fue expuesta principalmente en el Caso ‘Almonacid Arellano y otros Vs. Gobierno de Chile’. Los fallos que reiteran esta doctrina son, entre otros, ‘La Catatuta Vs. Perú’, ‘Beyce y otros vs. Barbado’, ‘Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes Vs. Guatemala’ (Sagües, 2010).

El propósito del control de convencionalidad es efectivizar los derechos contenidos en el pacto y constituir un *ius communue* interamericano en cuanto a derechos y es ejercido de dos formas: en sede internacional y en sede nacional. La primera modalidad sucede cuando la Corte Interamericana en sus veredictos descarta normas locales, —incluso constitucionales—, y el control en sede doméstica se asigna a los jueces nacionales (Sagües, 2010).

En todo caso, el control de convencionalidad podría aplicarse como una especie de excepción de inconstitucionalidad, es decir que se inaplica una norma al caso concreto por ser incompatible con el derecho superior. Adicionalmente, se plantea que desde una faceta positiva el

control de convencionalidad surte efectos *erga omnes*, por cuanto implica que las normas constitucionales y legales deben interpretarse conforme con la convención, prefiriendo aquellas interpretaciones compatibles con el tratado (Sagües, 2010).

Para un sector de la doctrina, la discusión sobre si la Constitución Política queda sometida al control de convencionalidad, parte de la supra constitucionalidad del Pacto de San José de Costa Rica y de la preeminencia del bien común internacional sobre el bien común nacional (Sagües, 2010).

3.4.2. Corte Internacional de Justicia

Respecto a la Corte Internacional de Justicia, se mostrarán los principios internacionales que le sirven de base, la fuente de su jurisdicción para resolver los conflictos entre los Estados como sujetos de derecho internacional, su competencia de acuerdo al Pacto de Bogotá y la controvertida posibilidad de que funcione como una especie de tribunal constitucional respecto de los otros órganos de las Naciones Unidas.

La jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia es voluntaria o facultativa, porque en virtud de la soberanía estatal, la amistad y la cooperación entre los Estados y el principio de libre elección de los medios para resolver los conflictos, es necesaria su aceptación previa por parte de los Estados, sin que baste con ser parte del estatuto (Mastaglia, 2016). Los Estados pueden manifestar su consentimiento de someterse a la jurisdicción de la Corte adhiriéndose, pero también mediante la celebración de tratados multilaterales o bilaterales, o mediante el *fórum prorrogatum* respecto a un caso en particular. El Tratado de Solución Pacífica de Controversias o Pacto de Bogotá fue celebrado en 1948, lo han firmado 20 y ratificado 16 de los 35 Estados de la OEA (Benavides Casals, 2015).

La Corte Internacional de Justicia no es competente para conocer “los asuntos ya resueltos por arreglo de las partes, o por laudo arbitral, o por sentencia de un tribunal internacional, o que se hallen regidos por acuerdos o tratados en vigencia en la fecha de la celebración del (...) Pacto” (Benavides Casals, 2015, pág. 156); y está habilitado para conocer controversias que versen sobre la interpretación de un tratado, cualquier cuestión de Derecho Internacional, las violaciones a las obligaciones internacionales y el alcance de las reparaciones por la violación de obligaciones internacionales.

Además de resolver las controversias que le sean sometidas, a la Corte también le corresponde emitir las opiniones consultivas sobre las cuestiones jurídicas solicitadas por la Asamblea General, por el Consejo de Seguridad o por los demás órganos de Naciones Unidas u organismos internacionales autorizados por la Asamblea General para ello (Pezzano, 2015).

Uno de los aspectos más controvertidos alrededor de las competencias de este órgano judicial es “[l]a cuestión del control de legalidad de los actos de los órganos de las Naciones Unidas por la Corte Internacional de Justicia” (Pezzano, 2015, pág. 49). Se debate si la Corte ostenta la facultad de examinar y pronunciarse sobre la legalidad de los actos de los órganos de las Naciones Unidas mediante la declaratoria de incompatibilidad con la Carta de las Naciones Unidas, facultad que no incluiría la posibilidad de revocar tales actos (Pezzano, 2015).

Se parte de la idea de que la Carta, al crear los órganos principales, les atribuyó funciones y poderes, y al determinar sus competencias también estableció las respectivas limitaciones, frente a lo cual surge la pregunta de (Pezzano, 2015) “si es posible determinar cuándo un acto de un órgano ha excedido las limitaciones impuestas por la Carta [y] si hay, dentro del sistema de la Carta, algún órgano revestido de competencia para controlar el respeto a tales limitaciones” (Pezzano, 2015, pág. 54).

En caso de respuesta afirmativa a estos interrogantes, se ha expuesto —incluso por la Corte—, que cada órgano es el juez de sus propias decisiones, además de que debe tenerse en cuenta que es natural que cada órgano interprete los apartes de la Carta que les son aplicables a sus funciones. En cuanto a la posibilidad de que un órgano distinto controle la conformidad del acto con la Carta, como si se tratara de una constitución política nacional, este sería ejercido por la Corte a pesar de que no sea un poder atribuido expresamente por la carta y consistiría en un acto declarativo al cual se le seguiría su revocación o anulación por parte del órgano que lo dictó (Pezzano, 2015).

Se argumenta que a pesar del rechazo de una enmienda que pretendía otorgarle a la Corte la posibilidad de conocer demandas de los Estados contra la validez de una resolución de un órgano sin que exista una contención con otro Estado, la idea de establecer una especie de control de ‘conformidad’ o de ‘constitucionalidad’ en los términos expuestos es muy distinta, y en consecuencia, no necesariamente fue rechazada por los Estados (Pezzano, 2015).

3.4.3. Corte Penal Internacional

En torno a la Corte Penal Internacional se presentarán de forma sucinta sus antecedentes históricos, sus relaciones con las funciones del poder judicial de los Estados, algunos criterios de selección de los casos llevados a juicio y algunos de los pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana sobre su competencia.

El antecedente más importante de la Corte Penal Internacional (CPI) como institucionalidad supra legal de persecución de crímenes de naturaleza internacional es el concepto de jurisdicción universal. Después de ello viene el legado de Nürember y Tokio, así como de otros tribunales internaciones instaurados con ocasión de las graves violaciones a los Derechos Humanos (Sánchez 2004), los cuales instauraron las bases de la competencia internacional. A lo anterior se le suma la importancia adquirida por los tratados de Derechos Humanos y los instrumentos de persecución de amenazas globales. Finalmente y a pesar de las críticas, son también antecedentes de la CPI la doctrina sentada por los Tribunales *ad hoc* contemporáneos en Yugoslavia y Ruanda, en cuanto a la definición y persecución de crímenes de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra y crímenes cometidos en el marco de un conflicto armado (Sandoval Mesa, 2013).

El principio internacional de justicia es complementario al principio de territorialidad, su finalidad es impedir la impunidad del delincuente y consiste en que “la ley penal de un Estado es aplicable respecto de determinaos delitos con independencia del lugar de su comisión y de la nacionalidad del delincuente” en virtud de la naturaleza del delito, el cual debe atentar contra intereses fundamentales de la comunidad internacional (Sandoval Mesa, 2013, pág. 33).

Este presupuesto es adoptado en el Estatuto de Roma (1998), con la diferencia de que allí la competencia radica en un organismo supranacional y no estatal. Los elementos que integran la competencia *ratione materia* asignada a la Corte incluye los delitos internaciones perpetrados de modo colectivo y organizado (Sandoval Mesa, 2013). Además,

“no se debe llegar a ver la CPI a la manera de una herramienta aislada para combatir la impunidad, sino, (...) debe reconocerse solo como una parte integral del sistema de justicia penal internacional. La CPI es, ante todo, un complemento a las jurisdicciones nacionales, en especial a la jurisdicción del estado territorial” (Ambos K. , 2013, pág. 127).

La competencia de la CPI relativiza la cosa juzgada “en virtud de la posibilidad de permitir una nueva oportunidad procesal, instancias ya falladas, bajo criterios que residen en la acción de revisión del proceso”. En nuestro país esto se encuentra sustentado en el artículo 8° del Código Penal, el cual prohíbe el doble juzgamiento, excepto por lo establecido en los instrumentos internacionales y en decisiones de la Corte Constitucional, como por ejemplo la Sentencia C-004 de 2003 (Sandoval Mesa, 2013).

Uno de los factores de competencia de la Corte es la gravedad de los crímenes. Esta gravedad se examina observando si se vulnera alguno de los intereses jurídicos tutelados por el Estatuto de Roma como factor objetivo, y como factor subjetivo se analiza el cumplimiento de los elementos de contexto exigidos para cada crimen (Hoyos, 2012 parafraseado por Sandoval Mesa, 2013, pág. 38). Para que la demanda sea admitida es necesario acreditar, como se expone en la Sentencia C-578 de 2002, que los responsables no hayan sido genuinamente enjuiciados y sancionados por el Estado, o que este incumpla su obligación de protección o desconozca los compromisos internacionales en la materia. De otra parte, “el Estado que tiene jurisdicción podrá juzgar al implicado por un crimen ordinario, a pesar de la decisión de absolución de la CPI en relación con alguno de los crímenes graves” (Sandoval Mesa, 2013, pág. 40).

Las formas de reconocer por parte del Estado la jurisdicción de la CPI son aceptar ser miembro del Estatuto respecto de los crímenes señalados en el artículo 5°, aceptar por medio de una declaración depositada su competencia por un Estado no parte respecto de crímenes particulares cometidos dentro de su territorio o por sus nacionales y cuando el Consejo de Seguridad le remita un asunto conforme lo prevé el artículo 13 del Estatuto de Roma (Sandoval Mesa, 2013).

Existe la obligación de procesar y sancionar judicialmente a los responsables de atentados contra los Derechos Humanos internacionalmente protegidos. Esta obligación se deriva de las siguientes categorías de fuentes: “(i) las convenciones generales de Derechos Humanos, (ii) las convenciones particulares que criminalizan ciertas conductas, y (iii) el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional” (Otálora Lozano, 2011, pág. 15).

En cuanto a esta última fuente, es decir el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en lugar de contener como tal una obligación de sancionar, “establece un régimen de complementariedad que sirve como incentivo para que los Estados actúen y eviten la jurisdicción

de la Corte” (Otálora Lozano, 2011, pág. 23), a lo cual se le ha sumado la denominada complementariedad positiva, que consiste en la actividad de la Fiscalía de la Corte para promover el ejercicio interno de la jurisdicción penal.

De esta forma, el artículo 17 del Estatuto de Roma “contiene el estándar mínimo de acción para los Estados que deseen evitar la jurisdicción de la Corte Penal Internacional” (Otálora Lozano, 2011, pág. 24), el cual es iniciar y llevar a cabo las investigaciones de manera gratuita.

La Corte está habilitada para ejercer su jurisdicción de una forma altamente selectiva, dirigiéndose solamente a la realización de juicios contra grandes líderes, o en asuntos que revistan una gran importancia. Algunos de los criterios para la selección desarrollados por el Tribunal para la ex Yugoslavia son la gravedad de los crímenes, el número de víctimas, la duración de los delitos, el alcance de la destrucción, el rol jugado por el investigado y la notoriedad de las personas y de los crímenes con independencia de su posición jerárquica (Otálora Lozano, 2011). “Estos criterios incluyen un aspecto principal cuantitativo, que consiste en el juzgamiento de los líderes con responsabilidad por mayor número de crímenes; pero también uno cualitativo, que buscaría el juzgamiento de responsables por crímenes particularmente notorios y brutales” (Otálora Lozano, 2011, pág. 25).

La Fiscalía del Tribunal Internacional para Ruanda, la Corte Especial de Sierra Leona, las Cámaras Extraordinarias de la Corte de Camboya y la Fiscalía de la Corte Penal internacional han descrito criterios similares (Otálora Lozano, 2011).

3.4.4. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones

De una forma similar a las exposiciones anteriores, la Comunidad Andina de Naciones (CAN) “puede ser definida como un organismo subregional, con personería jurídica internacional, creada en 1969 en virtud del Acuerdo de Cartagena” (Zúñiga Schroder, 2012, pág. 104) y está conformada por los países miembros, así como por los órganos del Sistema Andino de Integración, los cuales tienen la facultad de dictar instrumentos jurídicos vinculantes a los países miembros que priman sobre sus normas internas (Zúñiga Schroder, 2012). Esta dinámica es entendida como una forma de redistribución de poderes, a través de la cual los Estados convienen en conferir una parte de su poder soberano a instituciones distintas de los Gobiernos (Plata López & Yepes Ceballos, 2009).

Es así como “[e]l Derecho de la integración es un Derecho común a las partes, dictado para proteger y desarrollar la comunidad de intereses representada por la organización internacional”, es decir que es un derecho supranacional, el cual es distinto del derecho extranjero (Plata López & Yepes Ceballos, 2009, pág. 201).

El tratado constitutivo se asemeja a una constitución nacional y es lo que se ha denominado como las normas primarias comprendidas por el Acuerdo de Cartagena y sus protocolos (Lima, Arequipa y Quito). Dentro de este Acuerdo, los órganos principales de la organización atienden a la clásica división de los tres poderes (Plata López & Yepes Ceballos, 2009, pág. 204).

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la CAN (TJCA) es un órgano colegiado nacido en 1979 con la suscripción del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y posteriormente, en 1996, su nombre cambió a Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, con las reformas realizadas por medio del Protocolo de Cochabamba (Zúñiga Schroder, 2012). Su función es controlar la legalidad de las normas comunitarias, interpretar las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico de la CAN y dirimir las controversias (Beltrán Mora). Se entiende que

“el Tribunal Andino de Justicia es la instancia judicial especializada en la hermenéutica del Derecho comunitario andino a la que corresponde la interpretación de la norma común y su actividad se suma a la del juez estatal sin que exista subordinación o supraordenación de una esfera judicial respecto de la otra sino una comunicación colaborativa” (Plata López & Yepes Ceballos, 2009, pág. 212).

El Tribunal conoce de las acciones de nulidad, laboral y de cumplimiento; del recurso por omisión o inactividad y ejerce la función arbitral y la interpretación prejudicial (Zúñiga Schroder, 2012). Esta última atribución, la de la interpretación prejudicial,

“puede ser definida como un mecanismo de cooperación entre el juez nacional y el comunitario, en el cual este último, representado por el Tribunal de Justicia, interpreta en forma objetiva la norma comunitaria, y al primero le corresponde aplicar el derecho al caso concreto que se ventila en el orden interno. Su finalidad no es otra que resguardar la aplicación uniforme por todos los jueces en el territorio de los Países Miembros” (Zúñiga Schroder, 2012, pág. 105).

Se precisa que el TJCA interpreta la norma comunitaria de forma objetiva sin referirse a los hechos o refiriéndose a estos solo cuando sea indispensable por ser esta una tarea exclusiva del juez nacional a solicitud de cualquier País Miembro, en todos los casos en los que las normas del ordenamiento jurídico de la CAN deban ser aplicadas o controvertidas por las partes en un proceso interno, aun cuando ya exista un pronunciamiento anterior del tribunal sobre la misma materia (Zúñiga Schroder, 2012). “[E]n casos en los cuales la interpretación prejudicial sea facultativa, el juez deberá decidir el proceso si llegare la oportunidad de dictar sentencia, aun cuando no hubiera recibido la interpretación del Tribunal” (Zúñiga Schroder, 2012, pág. 106).

Posteriormente, el concepto de ‘juez nacional’ ha ido ampliándose para comprender a los tribunales arbitrales (Sentencia en el Proceso 03-AI-2010) y a los órganos administrativos con actividades jurisdiccionales (Providencia del 9 de diciembre de 1993, ratificado en los Procesos 14.IP-2007 y 130.IP.2007) (Zúñiga Schroder, 2012).

En cuanto a la acción de nulidad, se ha interpretado que es una función a través de la cual se ejerce un control especial para proteger la integridad y prevalencia de los tratados fundamentales controlando la exequibilidad de las normas derivadas, como una especie de control de constitucionalidad. A esto se suma que conforme con el artículo 2° del Estatuto, el Tribunal Andino es el ‘órgano jurisdiccional instituido para asegurar el respeto al derecho en la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico del Acuerdo’ (Plata López & Yepes Ceballos, 2009).

Mediante la acción por incumplimiento se aplican las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario y se garantiza la observancia de los objetivos del proceso de integración mediante la verificación del cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados dictando sentencia a los incumplientes, frente a lo cual el Estado debe adoptar las medidas necesarias para poner fin al incumplimiento so pena de la imposición de las respectivas sanciones (Beltrán Mora).

TERCER CAPÍTULO.

CÓMO RESPONDEN EL JUEZ Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

“El poder de decidir sobre el honor, la fortuna y la libertad de un semejante constituye la suprema potestad en el orden humano. Del despotismo de los otros poderes del Estado queda un recurso ante el poder judicial, en tanto que del despotismo del poder judicial no queda recurso alguno. Cuando se afirma que el poder judicial es la ciudadela de los derechos individuales, sólo se afirma la existencia de una penúltima instancia. La última la constituye la independencia, la autoridad, y sobre todo, la responsabilidad de los jueces”
(Couture, 1989, pág. 6, citado por Dueñas Rugnon, 2008, pág. 10).

La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sido prolífera en el ámbito de la responsabilidad del Estado por la actividad de la administración pública, no así cuando se trata de la responsabilidad por las actividades legislativa³⁰ y jurisdiccional. A pesar de que el fenómeno del retrimiento abarca estos dos últimos escenarios, el tema de la responsabilidad del Estado legislador no será tratado por ser ajeno al objeto investigativo.

Con el propósito de contrastar el desarrollo jurisprudencial de la responsabilidad del Estado administrador con la responsabilidad del Estado juez, se presentarán las reglas jurisprudenciales actualizadas contenidas en las sentencias proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado en uno y otro caso, evidenciando su evolución en los aspectos más relevantes.

Los criterios empleados para la selección de las sentencias y para la determinación de las variables son los siguientes: en la primera parte se agruparán las sentencias tomando como criterios los elementos que estructuran la responsabilidad en general, esto es, los títulos de imputación, el daño y su reparación. Para la segunda y la tercera fracción, se identificarán las subreglas jurisprudenciales y legales en el caso de la responsabilidad por la administración de justicia

³⁰ “La responsabilidad del Estado Legislador en Colombia como sistema de imputación en materia de responsabilidad administrativa sigue siendo una expectativa en el desarrollo de la jurisprudencia a pesar de la cláusula contenida en el artículo 90 constitucional. Al establecimiento de una responsabilidad estatal por el hecho de las leyes se han opuesto argumentos como el de la soberanía, porque no se puede limitar el voto del congresista como agente del constituyente primario e incluso la existencia del control constitucional de las leyes” (Ruiz Orejuela, Responsabilidad del Estado y sus regímenes, 2010, pág. 167).

subyacentes en los escenarios típicos de la responsabilidad en uno y otro caso, teniendo en cuenta su evolución en el tiempo.

Teniendo en cuenta que existe buena bibliografía sobre las sentencias proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado, para cada uno de los mencionados apartados se eligió a un autor que compilara la jurisprudencia hasta una fecha relativamente cercana, para luego contribuir con una actualización propia de las reglas jurisprudenciales. Es importante hacer la salvedad de que, a pesar de que se tomen como base estas compilaciones jurisprudenciales, las variables de análisis y el orden de exposición no corresponde al empleado por estos autores.

El criterio para elegir las providencias que servirían para relizar dicha actualización fue el momento en el que estas fueron proferidas, eligiendo la mayor cantidad de sentencias emanadas en el año 2016. Igualmente se tuvo en cuenta todas las sentencias de unificación sobre la materia proferidas en vigencia de Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), porque recogen las distintas posturas existentes al interior de la Sección y determinan cuáles son los criterios que de manera uniforme deben ser empleados en adelante para la resolución de casos similares, permitiendo evidenciar el grado de generalidad y abstracción de determinados postulados jurisprudenciales.

En el capítulo cuarto serán entrecruzadas la evaluación del desempeño de la jurisprudencia con las teorías filosóficas, políticas y jurídicas reseñadas en el primer capítulo, pues debe llamarse la atención sobre el desafío de que exista una coherencia discursiva en la declaratoria de la responsabilidad del Estado que se centre en la reparación del daño antijurídico, con independencia de la actividad o autoridad pública que lo ocasione, de tal forma que al evaluar los principios que subyacen las reglas jurisprudenciales sobre la responsabilidad por la actividad de la administración, que ha sido más próspera hasta la fecha, se evalúe si estos mismos postulados son aplicados cuando se resuelven casos de responsabilidad por las actuaciones jurisdiccionales.

Con la exposición de la sentencias sobre la responsabilidad del Estado administrador se mostrará que una gran proporción de los pronunciamiento judiciales son sobre situaciones ocurridas en el marco del conflicto armado interno o relacionadas con el despliegue de actividades militares, lo que ha implicado un realce del régimen subjetivo por falla, especialmente por violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, conllevando a que las reparaciones hayan estado mayormente orientadas al restablecimiento o a la

compensación por la afectación de los derechos más básicos e importantes en el Estado de derecho, como la vida, la libertad, la salud y la integridad personal.

En cuanto a la jurisprudencia sobre responsabilidad por actuaciones judiciales, se evidenciará que la fecundidad de la responsabilidad por la privación injusta de la libertad radica en una arraigada tradición, y posiblemente, en que es una situación que ponen en riesgo uno de los bienes primordiales en un Estado de Derecho, cual es la libertad personal. Sin embargo, sobre el error judicial y el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia no ha recaído la misma atención.

Para el reconocimiento del error judicial se imponen como obstáculos el temor a transgredir la intangibilidad de la cosa juzgada y la autonomía judicial y la posibilidad de que exista un organismo que se encuentre por encima de los órganos de cierre de cada jurisdicción. Difícilmente se reconoce la existencia de un error judicial que no sea grotesco, a pesar de que ocasione daños antijurídicos, por ello, se trata de una atmósfera que no se ha logrado descentrar del reproche a la conducta del sujeto para virar hacia la reparación de la víctima.

A pesar de que la Corte Constitucional en sede de control abstracto manifestó que los tres tradicionales y denominados títulos de imputación de responsabilidad por las actuaciones jurisdiccionales no son los únicos existentes, en virtud de que el artículo 90 de la carta superior tiene un espectro más amplio, el Consejo de Estado no ha contemplado la posibilidad de que exista otra situación provocada por la administración de justicia que ocasione daños antijurídicos a los particulares.

Demostrar que la jurisprudencia sobre la responsabilidad del Estado juez no ha sido muy fructífera, sirve para llamar la atención sobre la importancia de encontrar alternativas para eliminar o compensar las transgresiones a los derechos de los ciudadanos, y de esta forma, garantizarles la posibilidad de llevar a cabo su proyecto de vida sin interferencias indebidas de terceros y siendo beneficiarios de la solidaridad por parte de otros ciudadanos.

1. Elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado

Se expondrán los elementos de la responsabilidad del Estado comunes a todo tiempo de responsabilidad extracontractual empezando por la explicación de los dos regímenes de responsabilidad del Estado existentes, el subjetivo y el objetivo, y los títulos jurídicos de

imputación de responsabilidad que se emplean en cada uno de ellos. Posteriormente se expondrán las características del daño antijurídico, así como las tipologías que este engloba. Finalmente se desarrollará la línea jurisprudencial sobre la reparación de los daños, porque a pesar de que este no sea un elemento configurativo de la responsabilidad, hace parte de su esencia y es su objetivo, motivo por el cual este tema fue incluido en el mismo nivel de los títulos de imputación y del daño.

La responsabilidad del Estado se cimienta sobre la base de la existencia de un daño antijurídico que es imputable al Estado. Para determinar si efectivamente el daño es imputable se han desarrollado dos regímenes, como ya se dijo, el subjetivo y el objetivo.

“La evolución de la garantía patrimonial de los particulares frente a los daños extracontractuales causados por el poder público, dice Jesús Leguina Villa, ha recorrido varias fases (...) que a grandes trazos van desde una primera etapa de absoluta irresponsabilidad administrativa, pasando por una segunda fase de imputación exclusiva de daños a los agentes públicos culpables, para admitirse en un tercer momento un principio general de responsabilidad de la Administración, limitado, sin embargo, a los daños causados por acciones ilegales y culpables de sus autoridades y funcionarios. La cuarta y última etapa se caracterizaría por la extensión del mencionado principio general de resarcimiento, tanto a los llamados daños anónimos, como a los provocados por actuaciones administrativas lícitas no culpables” (Expediente 10948-11643, 1999, citado por Orejuela Ruiz, 2010).

1.1.1. Los títulos de imputación

La jurisprudencia proferida por el Consejo de Estado en ocasiones alude a la imputación fáctica y a la imputación jurídica, además, en algunas oportunidades analiza el denominado nexo de causalidad. Al respecto existen numerosas discusiones en las cuales no vamos a entrar. Para el propósito de esta investigación es suficiente con indagar cuáles son los títulos de imputación jurídicos existentes y cómo funcionan en la praxis judicial.

1.1.1.1. La responsabilidad subjetiva

El régimen subjetivo de la responsabilidad tiene su origen en una falla en el servicio, es decir, en la culpa de la administración, quien en el marco de sus funciones tiene una obligación jurídica frente a la cual hubo extralimitación, retardo, defectuoso cumplimiento, o incumplimiento.

La administración se exonera demostrando la diligencia en su actuar para que no se configure la falla, o la ocurrencia de un hecho irresistible e imprevisible³¹, la culpa de la víctima, o el hecho determinante de un tercero —las cuales pueden concurrir³²— para acreditar que el daño no se produjo por la falla o que este se produjo por la afluencia de varias razones³³.

La responsabilidad subjetiva se produce cuando se acredita la existencia de los siguientes elementos: (i) una falta en el servicio por incumplimiento³⁴, retardo³⁵ e irregularidad³⁶ en la prestación del servicio, es decir, de la administración y no en el agente administrativo; (ii) un daño cierto, determinado o determinable, como ocurre en el derecho privado, que signifique la lesión de un bien protegido por el derecho; y (iii) una relación de causalidad entre la falta de la administración y el daño (Ruiz Orejuela, Responsabilidad del Estado y sus regímenes, 2010).

Recientemente, el régimen de falla en el servicio ha adquirido una connotación más amplia, puesto que el Consejo de Estado ha desplegado de manera oficiosa el control de convencionalidad³⁷, el cual, menciona el alto tribunal, a pesar de que parece tener su origen en el ‘Caso Amonacid Arellano y otros vs Chile’ sus elementos se pueden vislumbrar desde la jurisprudencia de los años noventa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y está dirigido a todos los poderes públicos del Estado, aunque su formulación inicial fue respecto de los jueces, con fundamento en la imperiosa observancia de los derechos reconocidos en la convención, la vinculatoriedad de las sentencias emanadas de la Corte Interamericana como criterio interpretativo, la prohibición convencional de oponer el derecho interno al cumplimiento de los

³¹ Ver Expediente 35.215 (2016).

³² Ver Expediente 34.796 (2016).

³³ Ver Expediente 36.621 (2016).

³⁴ Normalmente se produce cuando “se requiere la acción de los servicios de seguridad del Estado sin obtener respuesta o se niega la prestación de un servicio de forma injustificada a pesar de tener el deber legal de brindarlo a la comunidad como son los servicios de salud, infraestructura de servicios públicos domiciliarios (...) vial, registro, control aéreo, etc.” (Ruiz Orejuela, Responsabilidad del Estado y sus regímenes, 2010, pág. 5).

³⁵ Por ejemplo, el Consejo de Estado conoció el caso de una suspensión de actividades de vuelo y retención de aeronave a través de un acto administrativo legal, pero dentro de un término irrazonable, sin justificación alguna y durante el cual la aeronave se deterioró (Expediente 42.721, 2008, paraseada por Orejuela Ruiz, 2010).

³⁶ El defectuoso cumplimiento de las funciones se ha relacionado, por ejemplo, con operaciones militares en cuyo desarrollo se irrespetan el Derecho Internacional Humanitario, errores ocasionados por la imprudencia o falta de diligencia o experticia de los operadores, una inadecuada atención en salud, una desproporción en el uso de la fuerza y casos como las ejecuciones extrajudiciales y otros excesos o comisión de delitos (Ruiz Orejuela, Responsabilidad del Estado y sus regímenes, 2010, pág. 6).

³⁷ Ver Sentencia de Unificación 26.251 (2014).

acuerdos internacionales y la pretensión de justicia intrínseca que encierran las disposiciones convencionales (Expediente 48.842, 2016).

1.1.1.2. La responsabilidad objetiva

Este régimen de imputación de responsabilidad del Estado se emplea cuando el Estado actúa en cumplimiento de sus funciones constitucionales, legales y reglamentarias y al hacerlo causa a un particular un perjuicio que él no está en la obligación de soportar como carga colectiva o propia de la vida en sociedad. Para exonerarse de responsabilidad la administración debe demostrar que el daño se produjo por culpa exclusiva de la víctima, el hecho exclusivo de un tercero, o la existencia de fuerza mayor.

Esta modalidad de imputación tomó fuerza en Colombia a partir de la aplicación del artículo 90 de la Constitución Política de 1991, sin embargo, existen algunos antecedentes, como por ejemplo el caso del atentado contra el periódico *El Siglo* en 1944, los daños a bienes privados en el curso de operativos policiales o militares legítimos y el caso de la demanda por la construcción del puente de la calle 53 con carrera 30 en Bogotá³⁸ (Ruiz Orejuela, Responsabilidad del Estado y sus regímenes, 2010).

La jurisprudencia ha concebido como títulos de imputación objetiva —dentro de los cuales no es relevante la legalidad o ilegalidad del actuar y omitir estatal— el daño especial, el riesgo excepcional, la ocupación por trabajos públicos y la *actio in rem verso*, a partir de las cuales se han enmarcado un sinnúmero de situaciones.

Sin embargo, con independencia de la materia de que se trate, cualquier caso puede ser juzgado desde la óptica de la falla en el servicio, porque esto permite descubrir y juzgar los errores en los que el Estado ha incurrido, logrando efectuar una censura y prevenirlo en el futuro (Ruiz Orejuela, Responsabilidad del Estado y sus regímenes, 2010), incluso cuando se trate de situaciones usualmente encasilladas bajo un título de imputación objetivo³⁹.

En primer lugar, el daño especial se configura cuando se rompe la igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas impuestas a la colectividad en razón de la vida común gestionada por la administración pública, de tal forma que la antijuridicidad del daño radica en su

³⁸ Ver Expediente 4.493 (1987), citado por Orejuela Ruiz (2010).

³⁹ Ver Expediente 33.715 (2016).

especialidad o anormalidad y en que se legitima la posibilidad de imponer a un particular un sacrificio especial siempre y cuando medie una indemnización que logree restablecer las cargas públicas (Ruiz Orejuela, Responsabilidad del Estado y sus regímenes, 2010).

Algunos de los eventos en los cuales el Consejo de Estado ha determinado la existencia de un daño especial son la privación injusta de la libertad⁴⁰, el enfrentamiento entre las fuerzas militares y las guerrillas⁴¹, el empleo de un bien inmueble por parte de las autoridades públicas⁴², la responsabilidad por la expedición de actos administrativos legales⁴³ (Ruiz Orejuela, Responsabilidad del Estado y sus regímenes, 2010) y los daños ocasionados por la reclusión pero que no pueden ser considerados inherentes a la misma (Sentencia de Unificación 28.834, 2014).

En segundo lugar, respecto al riesgo excepcional, este también encuentra su fundamento en razones de equidad, pero la antijuridicidad del daño radica en el riesgo que surge de las actividades peligrosas, como por ejemplo “el uso de armas e dotación oficial⁴⁴, la conducción de vehículos⁴⁵, las redes de energía eléctrica⁴⁶, (...) los atentados terroristas a objetivos públicos ubicados cerca de bienes de personas particulares⁴⁷, o la ejecución de determinadas obras públicas⁴⁸” (Ruiz Orejuela, Responsabilidad del Estado y sus regímenes, 2010, pág. 20).

En tercer lugar, la ocupación por trabajos públicos, que ha sido desarrollada por vía legislativa a través de la Ley 38 de 1918, la Ley 167 de 1941, la Ley 446 de 1998, el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo (Ruiz Orejuela, Responsabilidad del Estado y sus regímenes, 2010) y el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es una situación que sucede cuando la ocupación se produce por las vías de hecho, sin acudir a la enajenación voluntaria o a la expropiación, y es censurada en virtud del principio de legalidad y de la protección del derecho a la propiedad privada (Expediente 15.351, 2006, citado por Orejuela Ruiz, 2010).

⁴⁰ Ver Expediente 16.902 (2008), citado por Orejuela Ruiz (2010).

⁴¹ Ver Expediente 6.805 (1992), citado por Orejuela Ruiz (2010). Ver Expediente 29.299 (2016)

⁴² Ver Expediente 6.014 (1991), citado por Orejuela Ruiz (2010).

⁴³ Ver Expediente 1.459 (1981), Expediente 16.079 (2006) Expediente (16.421, 2007), citados por Orejuela Ruiz (2010).

⁴⁴ Ver Expediente 17.318 (2009), citado por Orejuela Ruiz (2010).

⁴⁵ Ver Expediente 25.020 (2007), citado por Orejuela Ruiz (2010).

⁴⁶ Ver Expediente 12.955 (2003) citado por Orejuela Ruiz (2010).

⁴⁷ Ver Expediente 14.318 (2004) citado por Orejuela Ruiz (2010).

⁴⁸ Ver Expediente 14.397 (2002) citado por Orejuela Ruiz (2010).

La tendencia es la ampliación de la responsabilidad objetiva, la cual debe abarcar en ciertos casos la posición de garante del Estado, haciendo surgir la exigencia de aplicar el principio de proporcionalidad para evaluar si era posible adoptar medidas razonables para prevenir y evitar la producción del daño antijurídico (Expediente 48.842, 2016).

“En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante” (Sentencia SU-1184, 2001, citada por Expediente 48.842, 2016).

Dicha formulación no debe suponer una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir la responsabilidad extracontractual del Estado en una herramienta de aseguramiento universal (Expediente 48.842, 2016).

1.1.2. El daño

El daño debe ser cierto, determinado y personal para que sea resarcible o indemnizable⁴⁹. La exigencia de que sea cierto radica en que no exista incertidumbre, implica que no sea eventual o hipotético y no obsta que pueda ser actual o futuro (Ruiz Orejuela, Responsabilidad del Estado y sus regímenes, 2010). En cuanto al requisito de que sea personal, la jurisprudencia contencioso administrativa ha precisado que los daños colectivos, como el daño ambiental, “puede traer como consecuencia, por vía de reflejé o de manera directa, lesión a los derechos subjetivos de uno o varios sujetos determinados o determinables” (Expediente 30.542, 2016).

Los mecanismos idóneos para obtener la reparación de estos últimos son las acciones de reparación directa, de nulidad y restablecimiento del derecho, las controversias contractuales y las de grupo cuando quiera que el daño a los derechos subjetivos se extienda a un número plural o conjunto de personas que se hallen en condiciones uniformes (Expediente 30.542, 2016).

⁴⁹ Ver Expediente 12.166 (2000) y Expediente 10.397 (1998), citados por Orejuela Ruiz (2010).

El requisito imprescindible es que el daño sea antijurídico, puesto que bajo determinadas circunstancias es posible que el Estado lesione legítimamente los derechos de las personas, lo que sucede por ejemplo con la prestación del servicio militar obligatorio, la imposición de impuestos (Ruiz Orejuela, Responsabilidad del Estado y sus regímenes, 2010), o la lesión a derechos que no modifiquen de forma excepcional o sustancial las condiciones de su ejercicio y que no constituyan medidas excesivas, desproporcionales, especiales o singulares⁵⁰.

En este sentido, el daño debe exceder los límites de lo exigible a los ciudadanos en beneficio de la colectividad y la solidaridad, con lo cual los efectos negativos sufridos por la víctima deberán ser trasladados al patrimonio del Estado (Ruiz Orejuela, Responsabilidad del Estado y sus regímenes, 2010).

“[E]l fundamento de la responsabilidad del Estado se trasladó de la ilicitud de la conducta causante del daño (falla del servicio o culpa del Estado) al daño mismo, siempre y cuando ste fuese antijurídico. Esa sola circunstancia cambia, de modo fundamental la naturaleza y la finalidad de la institución que de simplemente sancionatoria pasa a ser típicamente reparatoria, tomando en cuenta para su operatividad no tanto al agente del daño (merecedor de la sanción), sino a su víctima, (merecedora de la reparación). Una visión de esa naturaleza ha permitido que la responsabilidad del Estado se comprometa frente a los daños que origina tanto su acción antijurídica (como ha sido la tesis tradicional), como su conducta lícita que es donde se nota, con mayor énfasis, el carácter netamente reparatorio que ha ido adquiriendo la teoría.” (Expediente 10948-11643, 1999)

De otra parte, cuando el daño es el resultado de violaciones a los Derechos Humanos y a las obligaciones del Derecho Internacional Humanitario contenidas en

“los artículos 1, 2, 12, 29, 93 y 229 de la Carta Política; 1.1, 2, 5, 7 y 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, y el artículos 4.1, 4.2 y 13 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, ‘relativa a la protección de las víctimas de los conflictos armados

⁵⁰ Ver Expediente 36.832 (2016).

sin carácter internacional’ de 1977, el juez administrativo debe pronunciarse sobre ello” (Expediente 48.842, 2016).

1.1.2.1. Daños inmateriales

1.1.2.1.1. Daño moral

Dentro de los daños inmateriales, se encuentra el daño moral “que puede definirse como dolor espiritual, sufrimiento, pena, congoja que afecta tanto a la víctima directa del daño como a sus parientes cercanos y terceros damnificados muy próximos a ella”⁵¹ (Ruiz Orejuela, Responsabilidad del Estado y sus regímenes, 2010, pág. 64).

Algunas de las reglas jurisprudenciales al respecto son que (i) se presume la aflicción moral de los familiares más cercanos por la muerte⁵²; (ii) inicialmente los hermanos y otros familiares deben probar los lazos de fraternidad existentes con la víctima, posteriormente la presunción de cercanía y lazos de afecto se amplió a los hermanos⁵³; y (iii) también deben probar la aflicción sufrida los damnificados que no necesariamente sean consanguíneos, como por ejemplo los hijos de crianza⁵⁴. De esta forma, salvo las excepciones señaladas, cuando la afectación proviene del dolor ajeno, no sólo hay que probar el vínculo (consanguíneo o no), sino que también hay que probar la cercanía y el dolor irrogado⁵⁵ (Ruiz Orejuela, Responsabilidad del Estado y sus regímenes, 2010).

También se infiere, sin necesidad de prueba que lo compruebe, que “quien ha padecido dolencias físicas ha sufrido también perjuicios morales” (Sentencia de Unificación 28.834, 2014). Adicionalmente, en Sentencia de Unificación 31.172 (2014) la Sala plena unificó su jurisprudencia el relación con los perjuicios morales sufridos por la víctima directa y sus familiares con ocasión de las lesiones personales, fijando 6 rangos de acuerdo a la gravedad o levedad de la lesión, y a la relación de las víctimas indirectas con la víctima directa.

De otra parte, cuando los perjuicios morales provienen de la pérdida de bienes, del incumplimiento de obligaciones⁵⁶, o del mal funcionamiento de la administración de justicia, es necesario probarlos, puesto que en esos casos no se presume la aflicción (Expediente 35.264, 2016).

⁵¹ Ver Expediente 16.205 (2005), citado por Orejuela Ruiz (2010).

⁵² Ver Expediente 11.945 (2000), citado por Orejuela Ruiz (2010). Ver Expediente 35.254 (2016), Expediente 34.212 (2016), Expediente 20.601 (2013) y Sentencia de Unificación 31.170 (2014).

⁵³ Ver Expediente 6.750 (1992), citado por Orejuela Ruiz (2010).

⁵⁴ Ver Expediente 12.166 (2000) y Expediente 18.846 (2008), citados por Orejuela Ruiz (2010).

⁵⁵ Ver Expediente 11.948 (2000) y Expediente (15.088, 2002), citados por Orejuela Ruiz (2010).

⁵⁶ Ver Expediente 30.542 (2016).

Además de las reglas probatorias descritas, el Consejo de Estado ha señalado que (i) el daño moral no puede basarse en convicciones éticas, religiosas o filosóficas, aunque estos aspectos pueden ser considerados por el juez como una circunstancia especial⁵⁷; y que (ii) tampoco debe tratarse de simples molestias u obstáculos, ni circunstancias que afectaron a la generalidad⁵⁸ (Ruiz Orejuela, Responsabilidad del Estado y sus regímenes, 2010).

En cuanto a la tasación de del daño moral se tiene que (i) el Consejo de Estado sostenía que la tasación de la cuantía del daño moral la debía realizar el juez de forma discrecional, teniendo en cuenta la gravedad del daño, si se trata de una víctima directa o indirecta y en el segundo caso, la cercanía con la víctima directa⁵⁹; (ii) la indemnización se tazaba en gramos oro aplicando en artículo 106 del Código Penal de 1980⁶⁰, posteriormente se estableció un parámetro de 100 Salario Mínimos Legales Mensuales Vigentes (SMMLV) como el reconocimiento más alto⁶¹ (Ruiz Orejuela, Responsabilidad del Estado y sus regímenes, 2010); (iii) recientemente y de forma excepcional, dada la gravedad, el impacto social y la trascendencia del daño moral, especialmente en los casos específicos de graves vulneraciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, la tasación de los perjuicios morales se puede aumentar hasta en un 100% (Expediente 48.842, 2016); (iv) en los casos de conductas delictivas de los agentes estatales que devengan en graves violaciones a los Derechos Humanos imputables a la administración, el juez administrativo puede guiarse por la norma legal del Código Penal y atender al principio del *arbitrio iuris*, de tal forma que si el Juez Penal no está limitado a reconocer hasta 100 SMMLV, el Juez de lo Contencioso Administrativo tampoco lo está, conforme con el artículo 97 de la Ley 599 de 2000 (Sentencia de Unificación 36.460, 2013).

Vale la pena traer a colación algunas situaciones adicionales en las que la Corporación ha accedido a indemnizar el daño moral, como por ejemplo: (i) el incumplimiento de obligaciones contractuales⁶²; (ii) la angustia por un daño que no se concretó⁶³; (iii) el sufrimiento de una persona

⁵⁷ Ver Expediente 13.475 (2001), citado por Orejuela Ruiz (2010).

⁵⁸ Ver Expediente 11.892 (2000), citado por Orejuela Ruiz (2010).

⁵⁹ Ver Expediente 1.574 (2005), citado por Orejuela Ruiz (2010).

⁶⁰ Ver Expediente 13.086 (2001), citado por Orejuela Ruiz (2010).

⁶¹ Ver Expediente 15.654 (2008), citado por Orejuela Ruiz (2010). Ver Expediente 13.232 (2001), citado por Sentencia de Unificación 31.172 (2014).

⁶² Ver Expediente 13.475 (2001), citado por Orejuela Ruiz (2010).

⁶³ Ver Expediente 13.475 (2001), citado por Orejuela Ruiz (2010).

en estado de coma, en virtud de su dignidad humana⁶⁴ (Ruiz Orejuela, Responsabilidad del Estado y sus regímenes, 2010); (iv) el sufrimiento por la pérdida de bienes⁶⁵; y (v) la angustia por haber quedado durante un enfrentamiento armado en medio del fuego cruzado y haber estado es riesgo de muerte⁶⁶.

1.1.2.1.2. Daño a la salud

El que hoy ha sido denominado como daño a la salud, en un primer momento fue catalogado como daño fisiológico, posteriormente evolucionó hacia el daño en la vida de relación, hasta que finalmente el Consejo de Estado optó por considerarlo como un daño a la salud.

El daño fisiológico estaba “referido a la disminución funcional u orgánica que podía sufrir una persona con ocasión de una lesión física, disminuyendo sus posibilidades de realizar actividades normales en el mundo físico, que acostumbrara hacer con anterioridad a la causación del daño” (Galdós, citado por Orejuela Ruiz, 2010).

A partir de 1993 el daño fisiológico adoptó el nombre de daño a la vida de relación⁶⁷, comprendido como

“aquel que rebasa la parte íntima o interna de la persona y le afecta su relación con el exterior (...). [E]n principio se le consideró como la pérdida de la posibilidad de realización de actividades lúdicas, que como consecuencia del daño sufrido se tornaban en difíciles o imposibles de ejecutar (perjuicio de agrado) y posteriormente se extendió a todos los casos de privación o alteración de la realización de cualquier actividad, no necesariamente de carácter placentero (...). El reconocimiento de esta clase de daños estuvo signado por el propósito de resarcir en forma integral a la víctima en relación con todos y cada uno de los bienes jurídicos afectados y se sustentó inicialmente en las disposiciones del Código Civil (art. 2341) encontrando posteriormente su fundamento legal en el artículo 90 de la Constitución Nacional de

⁶⁴ Ver Expediente 30.817 (2007), citado por Orejuela Ruiz (2010).

⁶⁵ Ver Expediente 29.299 (2016).

⁶⁶ Ver Expediente 29.299 (2016).

⁶⁷ Ver Expediente 11.842 (2000), Expediente 13.475 (2001) y Expediente 15.247 (2005) citados por Orejuela Ruiz (2010).

1991 y en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998” (Expediente 16.205, 2005, citado por Orejuela Ruiz, 2010).

En virtud de los principios de reparación integral y de interpretación de la demanda, a pesar de tratarse de una jurisdicción rogada, el juez podía declararlo de oficio cuando esté debidamente probado (Expediente 12.287, 2002, citado por Orejuela Ruiz, 2010).

“En cuanto a su cuantificación, ésta inicialmente fue valorada en gramos oro, como ocurrió con los perjuicios morales, en montos que podrían elevarse al equivalente en pesos a 4000 gramos oro para la víctima directa. En la actualidad, y con el cambio jurisprudencial surgió a partir del fallo de 6 de septiembre de 2001, la cuantía de estos perjuicios también es tasada en salarios mínimos legales mensuales vigentes y ha sido reconocido en ciertos eventos en un máximo de 400 salarios mínimos, tratándose de daños severos, de acuerdo con el prudente juicio del fallador”⁶⁸ (Ruiz Orejuela, Responsabilidad del Estado y sus regímenes, 2010, págs. 88-89).

Algunas de las situaciones en las que se reconoció e indemnizó el daño a la vida de relación respecto a la víctima directa son una lesión física, el daño estético, la adquisición de una discapacidad permanente y las afectaciones al buen nombre⁶⁹. Tratándose de víctimas indirectas, hubo casos como la pérdida de la figura paterna y la causación de traumas psicológicos⁷⁰ (Ruiz Orejuela, Responsabilidad del Estado y sus regímenes, 2010).

Dentro del daño a la vida de relación se catalogaron algunas subespecies de daño, dentro de las cuales se encuentran (i) el daño al proyecto de vida⁷¹, de acuerdo con las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre casos de masacres y atentados terroristas, aunque este tribunal internacional lo ubica dentro de los daños materiales; y (ii) el daño a la honra⁷², que es la afectación a la reputación y a la dignidad de la víctima (Ruiz Orejuela, Responsabilidad del Estado y sus regímenes, 2010).

⁶⁸ Ver Expediente 13.086 (2001), citado por Orejuela Ruiz (2010).

⁶⁹ Ver Expediente 11.842 (2000), citado por Orejuela Ruiz (2010).

⁷⁰ Expediente. 13.745 (2000), citado por Orejuela Ruiz (2010).

⁷¹ Expediente 26.036 (2007) y Expediente 15.742 (2007), citados por Orejuela Ruiz (2010).

⁷² Expediente 11.413 (2001), citado por Orejuela Ruiz (2010).

Posteriormente, en Sentencia de Unificación 31.170 (2014), el Consejo de Estado estableció que a partir de ese momento el daño a la salud, que comprende los aspectos físicos y psíquicos de la persona, reemplazaría al daño estético, sexual, a la vida de relación, etc., de tal forma que su tasación fuera más sencilla y objetiva, sin dejar de valorar las consecuencias particulares de la persona lesionada⁷³.

“Así las cosas, el daño a la salud permite estructurar un criterio de resarcimiento fundamentado en bases de igualdad y objetividad, de tal forma que se satisfaga la máxima ‘a igual daño, igual indemnización’” (Sentencia de Unificación 31.170, 2014). Adicionalmente en Sentencia de Unificación 28.834 (2014), la Sala Plena unificó

“su jurisprudencia en relación con la indemnización del daño a la salud por lesiones temporales, en el sentido de indicar que, para su tasación debe establecerse un paragón con el monto máximo que se otorgaría en caso de lesiones similares a aquellas objeto de reparación, pero de carácter permanente y, a partir de allí, determinar la indemnización en función del período durante el cual, de conformidad con el acervo probatorio, se manifestaron las lesiones a indemnizar” (Sentencia de Unificación 28.834, 2014).

1.1.2.1.3. Vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados

Esta categoría de daños inmateriales es la más novedosa. Fue instaurada en el 2014 con el propósito de que puedan ser indemnizados todos aquellos perjuicios que no encajan en las categorías de daño existentes, para lograr el restablecimiento pleno de los derechos.

Se resaltan las siguientes características: (i) el objetivo de su reparación es restablecer plenamente a las víctimas en el ejercicio de sus derechos; (ii) la reparación del daño es dispositiva, puesto que puede ordenarse de oficio cuando aparezca acreditada su existencia; (iii) se reconoce tanto a la víctima directa como a su núcleo familiar; (iv) se repara principalmente a través de medidas de carácter no pecuniario y se prefieren las medidas reparatorias en lugar de las indemnizatorias, mientras que estas últimas se emplean cuando las primeras sean insuficientes, en un monto hasta de 100 SMLMV; (v) requiere ser declarado expresamente; (vi) confirma al juez en

⁷³ Ver Sentencia de Unificación 28.834 (2014).

su rol de reparador integral de derechos vulnerados; y (vii) debe evitarse una doble indemnización (Expediente 48.842, 2016 y Sentencia de unificación, 2014).

1.1.2.2. Daños materiales

Los daños materiales se clasifican en daño emergente y lucro cesante de acuerdo con los artículos 1613 y 1614 del Código Civil.

1.1.2.2.1. Daño emergente

El daño emergente “se identifica a partir de los gastos en que haya incurrido la víctima con ocasión del daño y aquellos en que deba incurrir hacia el futuro para mitigar las secuelas producto del daño” (Ruiz Orejuela, Responsabilidad del Estado y sus regímenes, 2010, pág. 97). El daño emergente puede ser presente o futuro⁷⁴ (Ruiz Orejuela, Responsabilidad del Estado y sus regímenes, 2010).

Algunos de los casos juzgados por la Sección Tercera relativos al daño emergente son (i) la avería de bienes tenidos o dados en depósito al Estado que no sufren por el paso del tiempo sino por descuido o falta de mantenimiento⁷⁵; (ii) la afectación de inmuebles por trabajos públicos⁷⁶; (iii) las obligaciones dinerarias incumplidas en el marco de un contrato estatal⁷⁷; (iv) el pago de honorario de abogado por parte de una persona privada injustamente de su libertad⁷⁸; (v) los daños a locales comerciales ocasionados por atentados terroristas⁷⁹; (vi) las lesiones que sufre un conscripto⁸⁰; y (vii) las lesiones ocasionadas por un accidente de tránsito con un vehículo oficial⁸¹, entre otros (Ruiz Orejuela, Responsabilidad del Estado y sus regímenes, 2010).

1.1.2.2.2. Lucro cesante

Por su parte, el lucro cesante “puede definirse como una cesación de pagos, una garantía o productividad frustrada, ya sea de un bien comercialmente activo o de una persona que haga parte del mercado laboral” (Ruiz Orejuela, Responsabilidad del Estado y sus regímenes, 2010, pág. 101).

⁷⁴ Expediente 15.724 (2007), citado por Orejuela Ruiz (2010).

⁷⁵ Expediente 13.630 (2001), citado por Orejuela Ruiz (2010).

⁷⁶ Expediente 15.350 (2006), citado por Orejuela Ruiz (2010).

⁷⁷ Expediente 21.120 (2005), citado por Orejuela Ruiz (2010).

⁷⁸ Expediente 13.558 (2005), citado por Orejuela Ruiz (2010).

⁷⁹ Expediente 13.774 (2002), citado por Orejuela Ruiz (2010).

⁸⁰ Expediente 15.724 (2007), citado por Orejuela Ruiz (2010).

⁸¹ Expediente 10.421 (1997), citado por Orejuela Ruiz (2010).

Algunos de los casos ha mencionar sobre el reconocimiento y pago del lucro cesante son (i) la incapacidad laboral temporal o permanente por lesiones personales⁸²; (ii) los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir debido a una privación injusta de la libertad⁸³; (iii) los daños irreversibles causados al *nasciturus*⁸⁴; (iv) la manutención de las víctimas indirectas por la muerte de la persona cabeza del hogar⁸⁵ (Ruiz Orejuela, Responsabilidad del Estado y sus regímenes, 2010); y (v) la ayuda económica a la familia por parte de una persona entre los 18 y los 25 años de edad⁸⁶.

1.1.2.2. La reparación

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 establece que para la valoración del daño debe atenderse a los principios de reparación integral y equidad, y a los criterios técnicos actuariales. Además, es de suma importancia resaltar que

“[a]l analizar el régimen de responsabilidad del Estado por daños, no se puede perder de vista que la Constitución de 1991 es garantista de la dignidad de las personas y de bienes jurídicos que por lo general son de difícil cuantificación económica; por lo tanto, es de mayúscula importancia que a través de la responsabilidad, el juez de lo Contencioso Administrativo adelante una labor de diagnóstico de las falencias en las que incurre la Administración y al mismo tiempo una labor de pedagogía a fin de que aquellas no vuelvan a presentarse. Además, la reparación de los daños no se agota con el siempre resarcimiento o la compensación económica, es importante que el juez, además, adopte medidas – en cuanto su ámbito de competencia lo permita— a través de las cuales las víctimas efectivamente queden indemnes ante el daño sufrido, conozcan la verdad de lo ocurrido, recuperen la confianza en el Estado y tengan la certeza de que las acciones u omisiones que dieron lugar al daño por ellas padecido no volverán a repetirse. Sólo una reparación que se adelante bajo estos presupuestos puede entenderse como una materialización del principio de la reparación integral del daño” (Expediente 15.724, 2007, citado por Orejuela Ruiz, 2010).

⁸² Expediente 11652 (1997) y Expediente 15.724 (2007), citados por Orejuela Ruiz (2010).

⁸³ Expediente 13.168 (2006), citado por Orejuela Ruiz (2010).

⁸⁴ Expediente 12.123 (2000), citado por Orejuela Ruiz (2010).

⁸⁵ Expediente 13.440 (2009), citado por Orejuela Ruiz (2010).

⁸⁶ Expediente 37.893 (2016).

La reparación integral, en sus dimensiones individual y colectiva, es un asunto que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha desarrollado sobre todo en los eventos de violaciones al Derecho Internacional Humanitario o a los Derechos Humanos, aunque no se limita a estos eventos, pues el Consejo de Estado asegura que la labor del juez administrativo debe ser dinámica, no limitándose a ordenar indemnizaciones pecuniarias y atendiendo a todos los criterios de la justicia restaurativa incorporada en el ámbito interno e internacional (Expediente 16.205, 2005, parafraseado por Orejuela Ruiz, 2010).

En los últimos años ha adquirido aún más fuerza la idea de la reparación integral que logre el restablecimiento pleno de los derechos conculcados. El Consejo de Estado ha manifestado que cuando se encuentra frente a graves violaciones a los Derechos Humanos, el juez puede ordenar la adopción de medidas que conlleven restricciones a los principios de congruencia, jurisdicción rogada, *no reformatio in pejus*⁸⁷ (Expediente 20.601, 2013). En estas ocasiones

“la obligación de reparar integralmente el daño surge, principalmente, de distintos tratados y convenios de Derechos Humanos ratificados por Colombia que prevalecen en el orden interno, pero también de otros instrumentos de derechos internacional que, aunque no tienen carácter estrictamente vinculante (...) gozan de cierta relevancia jurídica y práctica, de tal forma que se le da más importancia a otros principios, valores y derechos constitucionales de mayor relevancia” (Expediente 20.601, 2013).

Adicionalmente, el Consejo de Estado ha adoptado como parámetro de las medidas de reparación integral a las víctimas la Resolución 60/147 del 21 de marzo de 2006, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, sobre “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de Derechos Humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones” (Sentencia de unificación, 2014).

Las formas de reparación integral por la violación a de los Derechos Humanos, de acuerdo con el artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 son (i) la restitución: consiste en poner a la víctima en la situación en la que se encontraba antes de que sus derechos fueran vulnerados; (ii) la indemnización o compensación: es

⁸⁷ Ver Sentencia de Unificación 36.460 (2013).

el pago pecuniario de los perjuicios económicamente evaluables; (iii) la rehabilitación: cubre los gastos derivados de la recuperación psicológica y física; (iv) la satisfacción: consiste en la reparación simbólica (Sentencia de unificación, 2014); y (v) las garantías de no repetición⁸⁸: que son mecanismos para evitar nuevas violaciones de Derechos Humanos.

2. Escenarios de la responsabilidad del Estado por actuaciones de la administración pública

Teniendo en cuenta la importancia que la casuística tiene en este escenario, se dará paso a un recuento de algunos de los escenarios más frecuentes de responsabilidad, de acuerdo con los pronunciamientos del Consejo de Estado, para mostrar cuáles son las reglas jurisprudenciales que rigen en cada uno de ellos.

Vale la pena mencionar que no se tendrán en cuenta algunos aspectos tratados en la jurisprudencia administrativa, como por ejemplo el extenso régimen de la responsabilidad médica; la oportunidad para el ejercicio de la acción y la caducidad; los medios probatorios, su valor y las objeciones; y las fórmulas para calcular los montos indemnizatorias, porque no es necesario adentrarnos en estos asuntos para demostrar que la jurisprudencia ha sido muy prolífera en algunos asuntos y ha olvidado otros.

El presente será un subcapítulo descriptivo que además de ofrecer una visión panorámica y actualizada de las reglas jurisprudenciales sobre responsabilidad estatal, servirá como contraste del segundo subcapítulo sobre la responsabilidad por las actuaciones jurisdiccionales, ámbito en el cual no ha habido suficientes avances.

Una vez expuestos de forma sucinta los elementos de la responsabilidad, es necesario recordar que la que nos ocupa es una institución que por su origen *praetoriano* es sumamente casuística, tanto, que abarcar todas las situaciones que han sido objeto de pronunciamiento judicial desbordaría por mucho la capacidad y alcances de este trabajo. Sin embargo, vale la pena mencionar algunas de ellas.

⁸⁸ Ver Sentencia de Unificación 28.834 (2014).

2.1.1. Responsabilidad por los sucesos ocurridos en el marco del conflicto armado interno

2.1.1.1. Actos terroristas y enfrentamientos armados

En materia de responsabilidad del Estado por actos terroristas el Consejo de Estado ha empleado distintos títulos de imputación, en ocasiones frente a situaciones similares. En estos supuestos existe responsabilidad del Estado bajo el régimen de falla en el servicio⁸⁹ cuando se demuestra la previsibilidad del ataque y la ausencia de medidas contundentes por parte del Estado para repelerlo, evitarlo, o menguar sus consecuencias; o cuando se demuestra la participación de los agentes del Estado en el ataque terrorista. Mientras que bajo el régimen objetivo se ha empleado la tesis del daño especial⁹⁰ y también la del riesgo excepcional⁹¹ cuando el ataque está dirigido contra un elemento o persona representativa del Estado, sin especificar con suficiente claridad cuándo aplica uno y otro⁹². E incluso ha habido casos en los que el Consejo de Estado ha manifestado que no hay lugar a la declaratoria de Responsabilidad del Estado (Ruiz Orejuela, Responsabilidad del Estado y sus regímenes, 2010).

Recientemente, la Corporación reconoció que ella “ha abordado la responsabilidad del Estado con ocasión de actos de grupos armados a partir de diferentes criterios de imputación (...), según la determinación fáctica de cada caso y la atribución jurídica que proceda” (Expediente 36.343, 2016). Por ello ha indicado que, por ejemplo, cuando se produce un daño antijurídico durante un enfrentamiento armado, en primer lugar se debe verificar si el Estado se encontraba en una posición de garante o si el cumplimiento de los deberes de protección, seguridad y ejercicio de la soberanía de las entidades públicas, que vulneren la vida y la integridad de la población civil, de acuerdo con el Convenio IV de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y su Protocolo Adicional II, el artículo 3 común de los protocolos de Ginebra, el Protocolo I Adicional a los IV Convenios de Ginebra, la Resolución 1265 de 1999 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que tratan principalmente de la obligación de distinguir entre objetivos militares y personas o bienes civiles (Expediente 36.343, 2016).

⁸⁹ Expediente 11.372 (2005), citado por Orejuela Ruiz (2010).

⁹⁰ Expediente 19.731 (1999) y Expediente 16.696 (2007), citados por Orejuela Ruiz (2010).

⁹¹ Expediente 15.571 (2006), citado por Orejuela Ruiz (2010).

⁹² Expediente 9.550 (1995), citado por Orejuela Ruiz (2010).

Cuando la responsabilidad es subjetiva, se ha insistido en que el hecho de que la víctima no haya solicitado protección previa especial no es un eximente de responsabilidad⁹³ (Ruiz Orejuela, Responsabilidad del Estado y sus regímenes, 2010). El juicio de imputación por falla en el servicio sucede cuando se producen violaciones al Derecho Internacional Humanitario y

“consiste, fundamentalmente, en revisar la actuación de la autoridad pública demandada, representada en el desempeño de los agentes de policía que ejecutaron el operativo, actuación que debe encontrarse plenamente ajustada a los contenidos normativos e imperativos que regulan la prestación del servicio de policía, contenidos en la Constitución, las leyes y los reglamentos que para el efecto hayan expedido los miembros del Gobierno Nacional, en concordancia con el principio de legalidad que rige la actuación de los servidores públicos, contenido en el artículo 6° constitucional, que los responsabilizó por infringir la Constitución o las leyes, ya sea mediante una acción, omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones” (Expediente 36.343, 2016).

Sin embargo, por regla general, cuando se produce un enfrentamiento armado entre las fuerzas militares y alguna de las guerrillas, como ya se había mencionado, el régimen aplicado en muchos de los casos es el del daño especial, puesto que se entiende que estos enfrentamientos pueden resultar legítimos pero los ciudadanos no están obligados a soportar las afectaciones en su vida, en su integridad y en su patrimonio ocasionados por estos. En este escenario no cabe el hecho de un tercero como causal eximente de responsabilidad, porque el daño especial se produce con independencia de quién inicie el enfrentamiento (Expediente 29.299, 2016).

El Consejo de Estado, recordando el Expediente 28.134 (2013), señala que la declaratoria de responsabilidad del Estado frente a las víctimas del conflicto armado que sufren en su vida, en su salud o en su patrimonio las consecuencias, también encuentra su fundamento en el principio de solidaridad con las víctimas que durante décadas han soportado las consecuencias del conflicto, a pesar de ser ajenos a este (Expediente 29.299, 2016).

Con fundamento en la solidaridad es que justamente el Estado responde por el hecho de un tercero, puesto que es necesario analizar las condiciones y posibilidades del Estado colombiano

⁹³ Expediente 16.149 (2005), citado por Orejuela Ruiz (2010).

para reparar un daño antijurídico producido por un tercero sin verificar sus vínculos con la administración, “sino a partir de la exigencia máxima de la tutela de la víctima como premisa de la responsabilidad extracontractual del Estado en la visión moderna y humanista” (Expediente 36.343, 2016).

En este sentido, se responsabiliza al Estado por los actos terroristas como excepción al hecho de un tercero por la primacía de la víctima y la posición de garante del Estado “para dotar al Estado de una herramienta con vocación preventiva, no simplemente como verificación de hechos que sistemáticamente se producen y no tienen eco en la actividad del Estado para procurar tratarlos, superarlos, y así, alcanzar la reconciliación nacional” (Expediente 36.343, 2016).

2.1.1.2. Colaboración de particulares con las fuerzas militares

Cuando los particulares sufren un daño mientras colaboran con las fuerzas militares en la realización de sus actividades, la administración es patrimonialmente responsable por haber sometido al ciudadano a un riesgo excepcional, siempre y cuando la colaboración ocasional que produzca por solicitud de la Administración o en forma espontánea en caso de urgente necesidad (Expediente 16.413, 2013, citado por Expediente 34.212, 2016). En palabras de la Corporación:

“[p]ara la Sala no cabe duda que la utilización de civiles como colaboradores ocasionales puede resultar necesaria y efectiva para el desarrollo de una misión oficial, sin embargo, los perjuicios que se llegaren a causar al particular que voluntariamente asiste a los miembros de la Fuerza Pública deben ser resarcidos por la Administración, pues la aceptación de dicha colaboración y la participación de esos civiles generó una circunstancia extraordinaria para quienes con buenas intenciones ayudaron al desarrollo de un servicio a cargo del Estado. En efecto, cuando la Administración saca provecho y se beneficia de la colaboración ocasional de un particular y lo expone a un riesgo que finalmente le causa un perjuicio a él, a sus familiares y a terceros, se compromete la responsabilidad de la entidad pública, aunque la misma no se derive de una falla del servicio” (Expediente 16.413, 2013, citado por Expediente 34.212, 2016).

En estos casos no es dable alegar que el ciudadano conocía los peligros de acceder voluntariamente a colaborar con las fuerzas armadas, en atención a la obligación de proteger adecuadamente a las víctimas de la guerra y a la obligación de velar por la seguridad de todos los ciudadanos. Es aceptable que por las condiciones de guerra de la zona se solicite a un particular su

colaboración con las fuerzas militares, pero el costo de esta actividad militar no debe ser asumido por los particulares (Expediente 34.212, 2016).

2.1.2.2. Ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas

El despliegue de un operativo militar con empleo de armas de fuego es una actividad peligrosa sobre la cual el juez debe escoger el título de imputación para analizar la responsabilidad estatal. Por regla general el operador judicial debe hechar mano del régimen objetivo de responsabilidad, normalmente bajo el título de riesgo excepcional, a no ser que sea evidente o haya sido alegada la falla en el servicio, eventos en los cuales es necesario que el Consejo de Estado ponga en evidencia los errores cometidos por la administración en ejercicio de sus funciones, con el objetivo de que la justicia contenciosa fije pautas para que esos yerros no tengan nueva ocurrencia⁹⁴ (Expediente 20.601, 2013).

Siempre que se acredite la ocurrencia de una ejecución extrajudicial, ello constiuirá una falla en el servicio (Expediente 20.601, 2013), pues la Corpración ha insistido en que la falla en el servicio es el régimen de imputación aplicable a los daños causados “*a las víctimas del conflicto armado cuando los miembros de la fuerza pública incurrieron en violaciones a deberes funcionales convencionales, constitucionales y legales*”⁹⁵, en los casos de ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas de ciudadanos, constitutivos de graves violaciones a los Derechos Humanos (Sentencia de unificación, 2014).

Para establecer la ocurrencia de una ejecución extrajudicial debe observarse, entre otros aspectos, la credibilidad de las versiones de los militares sobre la supuesta muerte en combate de las víctimas, la pertenencia de las víctimas a un grupo guerrillero o a la población campesina, los signos de indefensión, la mutabilidad de la esena del crimen, la distancia de los disparos, los signos de tortura presentes en los cuerpos y las contradicciones en las pruebas (Expediente 20.601, 2013).

Además de la acreditación de la ejecución sumaria, es necesario evaluar si el Estado cumplió con su obligación de adelantar una investigación seria para establecer las circunstancias en que se produjo la muerte, reparar adecuadamente a los familiares del fallecido e imponer las sanciones a los agentes estatales involucrados (Expediente 20.601, 2013).

⁹⁴ Ver Expediente 16.974 (2009), citado por Expediente 37.893 (2016).

⁹⁵ Ver Expediente 20.706 (2011), Expediente 21.380 (2012) y Expediente 20.601 (2013), citados por Sentencia de unificación (2014).

Una de las garantías judiciales para las víctimas del conflicto armado es la existencia de un marco jurídico que delimite las competencias entre la jurisdicción ordinaria y la justicia penal militar. La Corte Interamericana de Derechos Humanos⁹⁶ ha establecido de forma constante que la justicia penal militar debe limitarse al juicio por delitos o faltas cometidos por militares que atenten únicamente contra bienes jurídicos propios del orden militar, siendo una jurisdicción de carácter restrictivo y excepcional; de la misma forma en que lo establece el artículo 221 de la Constitución Política (Sentencia de unificación, 2014).

“Para la Sección Tercera el colofón es claro: la noción de relación con el servicio del integrante de la fuerza pública excluye tres eventos en los que la justicia penal militar bajo ninguna circunstancia tiene competencia: (i) si no hay un vínculo ‘próximo y directo’ entre el delito y el servicio; (ii) si el delito es de tal gravedad que *ipso jure* se rompe el vínculo con el servicio, y (iii) si hay duda sobre cualquiera de estos elementos, en todos los casos será competente la justicia ordinaria” (Sentencia de unificación, 2014).

Al respecto, es necesario tener en cuenta que si estos casos no son juzgados eficazmente por las instancias judiciales internas, el Estado colombiano incumpliría sus obligaciones internacionales y entonces, “los daños que sean causados por motivo de ese incumplimiento serán, eventualmente, materia de análisis de responsabilidad en las instancias judiciales del sistema internacional de Derechos Humanos” (Expediente 20.601, 2013).

El juicio de todo lo *courrido* debe realizarse teniendo como referente las normas y parámetros establecidos en el bloque de constitucionalidad y el DIH, es decir que el juez debe indagar si se cumplieron las obligaciones de las partes en contienda en un conflicto armado sin carácter internacional, contenidas en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, desarrolladas por el Protocolo II adicional a esos convenios y también si se infringió el artículo 135 de la Ley 599 de 2000 que define la ejecución extrajudicial como el homicidio en persona protegida conforme al DIH (Expediente 20.601, 2013).

Otras herramientas relevantes en torno a las ejecuciones extrajudiciales mencionadas por el Consejo de Estado en sus sentencias, que denotan la gravedad de este fenómeno en Colombia,

⁹⁶ Ver Caso Las Palmeras (2001), Caso Cantoral Benavides (2000), Caso Durand y Ugarte (2002) y Caso 19 Comerciantes (2004), citados en Sentencia de unificación (2014).

son por ejemplo, los documentos de Amnistía Internacional; del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Expediente 20.601, 2013); de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; y el Informe de 2010 del Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias de las Naciones Unidas sobre los denominados ‘falsos positivos’ (Sentencia de unificación, 2014). Bajo estos parámetros las ejecuciones extrajudiciales pueden ser entendidas como

“la acción consiente y voluntaria desplegada por un agente estatal, o realizada por un particular con anuencia de aquél, por medio de la cual, en forma sumaria y arbitraria, se le quita la vida a una persona que por su condición de indefensión está protegida por el derecho internacional. En el caso de los combatientes, su asesinato puede ser considerado una ejecución extrajudicial cuando han depuesto las armas” (Expediente 20.601, 2013).

De otro lado, el Consejo de Estado reitera que “el hecho de la absolución penal o disciplinaria de los agentes estatales involucrados en la producción del hecho dañoso, no implica en modo alguno que el trámite contencioso deba concluir de la misma forma”⁹⁷ (Expediente 20.601, 2013).

2.1.2.3. Secuestro

El secuestro de civiles se ha convertido en una actividad sistemática en un Estado débil para hacer respetar los mandatos constitucionales de soberanía y eficacia de los derechos como lo prescriben los artículo 1° y 2° de la Constitución Política y los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Expediente 48.842, 2016).

“[P]or las condiciones en las que este tipo de eventos se vienen produciendo en el Estado colombiano en el marco del conflicto armado interno, los fundamentos para su encuadramiento como un caso constitutivo de una grave vulneración de los Derechos Humanos, violación del derecho internacional humanitario, y configuración como acto de lesa humanidad” (Expediente 48.842, 2016).

“[E]n tales eventos, la pretensión declarativa de responsabilidad excede el interés particular o individual y se ve revestida de una relevancia jurídica colectiva que involucra a la humanidad en

⁹⁷ Ver Expediente 16.533 (2008) y Expediente 19.123 (2008), citados por Expediente 20.601 (2013).

su conjunto” (Auto , 2013, citado dentro del Expediente 48.842, 2016). Al usar estas categorías “surge para el juez administrativo, como juez de convencionalidad la competencia para pronunciarse, oficiosamente, sobre el contexto amplio que involucra esta situación”, puesto que un Estado Social y Democrático de Derecho, el juez administrativo, como juez de convencionalidad debe estar “comprometido con la obtención del derecho sustancial y la búsqueda de la verdad, en tanto manifestaciones de la justicia material conforme a las normas convencionales y constitucionales” (Expediente 48.842, 2016).

El régimen de imputación puede ser objetivo con base en la posición de garante en la que se encuentra el Estado o subjetivo por la falla en el servicio de protección, para lo cual “no es necesario el previo, expreso y formal requerimiento por parte del amenazado o afectado con un atentado”, aspecto que ha variado notablemente en la jurisprudencia (Expediente 48.842, 2016).

En cuanto al daño, los derechos vulnerados a una persona secuestrada son la dignidad humana en relación con la libertad, el libre desarrollo de la personalidad, el trabajo, la integridad moral, el derecho a construir una familia y la libertad de oficio o profesión. “y se proyecta con mayor envergadura cuando a la persona secuestrada se le cercena el libre ejercicio de la actividad política vulnerando convencionalmente sus derechos políticos en los términos del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos y del artículo 40 de la Constitución Nacional” (Expediente 48.842, 2016).

2.1.2. Responsabilidad por los daños ocasionados por la comisión de otro tipo de delitos por parte de las fuerzas militares

Se compromete la responsabilidad del Estado por las conductas delictivas de los integrantes de las fuerzas militares sin relación alguna con el servicio pero aprovechando su condición para ejecutarlos, que dejan a las víctimas en un estado de indefensión, como por ejemplo el hurto y el homicidio, habida cuenta de que se trata de un grupo a quienes se les hacen exigibles los deberes de seguridad, protección y garantía de los derechos de los ciudadanos (Sentencia de Unificación 36.460, 2013).

Para que los actos delictivos de los agentes estatales sean patrimonialmente imputables a la administración pública, el comportamiento del agente debe estar ligado o vinculado al servicio público. Lo anterior deviene en una grave violación a los Derechos Humanos (Sentencia de Unificación 36.460, 2013).

2.1.3. Responsabilidad por los daños a los soldados voluntarios

Los soldados profesionales cuentan con una prestación laboral llamada indemnización *a for fait* por los daños extracontractuales ocasionados por el Estado (Ruiz Orejuela, Responsabilidad del Estado y sus regímenes, 2010). Sin embargo, es posible que la administración incurra en responsabilidad por falla en el servicio o por riesgo excepcional cuando el soldado es sometido a un riesgo mayor al voluntariamente asumido por él, de acuerdo con las actividades que se encontraba realizando, puesto que a diferencia de los conscriptos, para los soldados profesionales los riesgos inherentes a la carrera militar no son impuestos por el ordenamiento jurídico, sino que son asumidos voluntariamente por el soldado⁹⁸ (Expediente 37.893, 2016 y Sentencia de Unificación 31.172, 2014).

Además, la Corporación ha precisado que el reconocimiento de la pensión de invalidez bajo el régimen de indemnización *a for fait* “no se excluye con el otorgamiento de la indemnización por daño, teniendo en cuenta que la fuente de las mismas es diferente” (Expediente 28.099, 2013, citado por Sentencia de Unificación 31.172, 2014).

Para analizar si se excedieron los riesgos asumidos voluntariamente por los miembros de la fuerza pública, algunos de los elementos a tener en cuenta son la formación y el entrenamiento proporcionado al militar para desempeñarse en la actividad asignada, la razonabilidad de las órdenes recibidas, la naturaleza de la actividad realizada, su relación con el servicio y si los instrumentos de guerra empleados se encuentran permitidos por el DIH. En estos casos únicamente procede la indemnización *a for fait*.

El Consejo de Estado ha aprovechado estas ocasiones para señalar que las investigaciones penales militares o de otra índole son independientes de los juicios contencioso administrativos. Si los soldados inculcados fueron hallados inocentes, ello no obsta para que se evalúe si la administración es responsable patrimonialmente a la luz del artículo 90 de la Constitución (Expediente 37.893, 2016).

Otro aspecto a tener en cuenta respecto a los daños ocasionados por la manipulación del arma de dotación, es que el Consejo de Estado ha señalado que la manipulación de un artefacto explosivo debe ser considerado como un riesgo propio del servicio, sin embargo, se configura una

⁹⁸ Ver Sentencia 35.215 (2016).

falla en el servicio cuando el artefacto no es entregado al soldado en perfectas condiciones, de tal forma que su manipulación no ofrecía la seguridad necesaria. En estos casos, la obligación incumplida por la entidad fue la de garantizar la idoneidad del arma de dotación entregada (Sentencia de Unificación 31.172, 2014).

2.1.4. Responsabilidad por los daños a los conscriptos

Inicialmente se empleó en todos los casos la responsabilidad objetiva, sin embargo, con el tiempo el Consejo de Estado ha construido este escenario de la responsabilidad fundamentándose tanto en la responsabilidad objetiva como subjetiva, de acuerdo con el caso analizado. La responsabilidad radica en que el Estado debe garantizar que los conscriptos retornen en la misma situación en la que ingresaron a prestar el servicio militar, de tal forma que durante el tiempo de servicio, en el cual se encuentran en una situación de sujeción, conserven su vida y su integridad personal⁹⁹ (Ruiz Orejuela, Responsabilidad del Estado y sus regímenes, 2010).

El título de daño especial es aplicable en los eventos en los que el conscripto es sometido a una situación que rompe el principio de igualdad frente a las cargas públicas, mientras que la jurisprudencial suele considerar la aplicación del riesgo excepcional en los eventos en los cuales el conscripto es sometido a un riesgo excesivo o es involucrado en una actividad muy riesgosa. Por su parte, la responsabilidad con fundamento en la falla en el servicio¹⁰⁰ surge cuando el daño es causado como consecuencia de la falta de diligencia y cuidado del Estado en la guarda o protección de la integridad personal y la vida del conscripto (Ruiz Orejuela, Responsabilidad del Estado y sus regímenes, 2010).

En los casos de suicidio¹⁰¹, el Estado responde únicamente cuando este “haya sido la consecuencia del maltrato sufrido o por la presencia de falencias síquicas o psicológicas conocidas por la institución y no tenidas en cuenta o en los casos en los cuales, una vez, manifestada la intención de (...) no se adoptaron medidas (...) para impedirlo” (Ruiz Orejuela, Responsabilidad del Estado y sus regímenes, 2010, págs. 304-305)

⁹⁹ Expediente 13.887 (2006), citado por Orejuela Ruiz (2010).

¹⁰⁰ Expediente 15.528 (2007), citado por Orejuela Ruiz (2010).

¹⁰¹ Expediente 12.648 (2000), citado por Orejuela Ruiz (2010).

2.1.5. Responsabilidad por los daños a los reclusos

La responsabilidad por los daños sufridos por las personas privadas de su libertad se relaciona con la prohibición de tortura. Como lo ha señalado la Sentencia T-958 (2012), respecto del Estado, los reclusos se encuentran en estado de indefensión, por ello, el Consejo de Estado “consideró originalmente que las obligaciones del Estado para con las personas retenidas debían entenderse bajo la figura del depósito necesario de personas, a la luz del artículo 157 del Código Civil”, de tal forma que debía responder por su vida e integridad en los términos del artículo 16 de la Constitución de 1886 y el artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Sentencia de Unificación 28.834, 2014).

“En una segunda etapa, la jurisprudencia administrativa señaló que las obligaciones del Estado frente a personas retenidas eran de resultado y de dos tipos: a) de hacer, porque las autoridades responsables de la detención material deben prever y evitar los peligros que pueda sufrir el retenido desde que es privado de la libertad hasta que es devuelto a ella, y b) de no hacer, porque los agentes estatales de la detención deben abstenerse de cualquier conducta que vulnere o amenace los derechos del detenido” (Sentencia de Unificación 28.834, 2014).

De esta forma, el alcance de la responsabilidad está dado por el abuso en el *ius puniendi* del Estado que deriva en daños no consustanciales a la privación de la libertad, es decir, cuando se produce la afectación de los derechos que no se encuentran disminuidos con la privación de la libertad (Sentencia de Unificación 28.834, 2014).

La entidad pública no puede exonerarse de responsabilidad por los daños infringidos a los reclusos invocando la culpa de la víctima o la actuación de un tercero cuando se evidencia que la administración “no es ajena a las obligaciones que, en tanto garante de los derechos del recluso, tenía el Estado, o porque es de aquellas que tenía el deber legal de evitar, o porque fue determinada por el accionar de este último” (Sentencia de Unificación 28.834, 2014).

El régimen es objetivo cuando los daños se producen por cuenta de la reclusión, pero ellos no pueden considerarse como inherentes a la misma, mientras que “en los eventos en que los daños cuya indemnización se reclama sean atribuidos a la prestación de servicios médicos en centros carcelarios, se ha considerado que el régimen de responsabilidad aplicable es el subjetivo”. No

obstante, cuando el deterioro a la salud provenga de causas distintas a la reclusión, el Estado no es responsable del daño (Sentencia de Unificación 28.834, 2014).

2.1.6. Responsabilidad en el marco de juicios civiles policivos

El Consejo de Estado ha manifestado que en virtud del artículo 90 de la Constitución, no existen ámbitos de la acción estatal excluidos del juicio de responsabilidad, y los juicios policivos de carácter civil no son la excepción, de tal forma que estos pueden comprometer la responsabilidad del Estado (i) en ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de autoridades administrativas al cometer un error jurisdiccional o cuando se configure un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia; y (ii) con las medidas de cumplimiento de la providencia proferida en el juicio policivo (Expediente 35.264, 2016).

Cuando el proceso policivo culmina con orden de desalojo, pero este no se materializa, se debe ponderar si la medida de desalojo es imposible de cumplir por dificultades de orden público o para prevenir conflictos sociales, caso en el cual se configuraría un daño especial porque implica el sacrificio de un *status quo* legítimo por la preponderancia de otros derechos (Expediente 35.264, 2016).

Esto sucede cuando por razones de interés general se prohíba la ocupación para evitar la desprotección de poblaciones de especial protección. En estos casos sucede que no tendría sentido acudir al juez porque la orden se torna inejecutable por razones sociales, se configura un daño especial en cabeza del propietario y debe aplicarse el artículo 220 del CCA o los artículos 190 y 191 del CPACA y ordenarse la transferencia de la propiedad a la entidad pública demandada para que esta solucione la legalización de las ocupaciones, de ser posible (Expediente 35.264, 2016).

En los casos en los que la orden no se cumple (puede provenir incluso de una tutela contra orden judicial) por una ponderación entre el derecho de propiedad y razones sociales, especialmente cuando se trata de población en estado de vulnerabilidad, el juez administrativo puede ordenar que se pague el valor del inmueble a quienes eran dueños inicialmente y la sentencia constituiría un título traslativo de dominio (Expediente 35.264, 2016).

Lo anterior no significa que el Consejo de Estado apoye las ocupaciones ilegales de bienes privados y que en consecuencia el Estado debe asumir siempre esa carga, sino que por regla general

es un conflicto de naturaleza privada. Además, normalmente también se deben cumplir las órdenes impartidas en el proceso policivo (Expediente 35.264, 2016).

2.1.7. Responsabilidad por los daños ocasionados en el marco de un contrato

A pesar de que los daños que se producen durante la celebración y ejecución de un contrato normalmente se ventilan mediante la pretensión de controversias contractuales, debido a la tradicional división entre responsabilidad contractual y extracontractual del Estado, es posible que en el marco de las relaciones contractuales se configure la responsabilidad extracontractual del Estado, la cual, de acuerdo con la jurisprudencia administrativa, requiere la concurrencia de los siguientes elementos:

“(i) la existencia de un contrato válidamente celebrado, (ii) la preexistencia de una o varias obligaciones originadas en el contrato que son desconocidas por el deudor, (iii) el comportamiento antijurídico de la parte a quien se atribuye el incumplimiento que, en el plano contractual, se traduce en la infracción de las cláusulas contractuales, por acción o por omisión, y que se concreta en la falta de cumplimiento de la prestación debida en la forma y tiempo establecidos y (iv) un daño que tenga relación causal entre el comportamiento antijurídico del deudor y la prestación insatisfecha” (Expediente 30.542, 2016).

2.1.8. Responsabilidad por daños causados a los adolescentes infractores de la ley penal bajo custodia del Estado

El Estado ostenta una posición de garante frente a los menores de edad infractores de la ley penal que se encuentran en los antiguamente denominados ‘centros de resocialización’ (Sentencia de Unificación 26.251, 2014).

“[L]as obligaciones del centro de reeducación inician desde el momento en que el menor ingresa a las instalaciones del mismo por orden de autoridad competente y finalizan en el momento en que egresa de la institución previa decisión judicial, teniendo en cuenta que los deberes no sólo se circunscriben a garantizar la seguridad del joven dentro de la institución, sino también a vigilar el proceso de reeducación y resocialización, lo cual permite afirmar que se cumplió íntegramente con los compromisos adquiridos por parte del Estado con la sociedad y los familiares del joven infractor a través de este tipo de instituciones” (Sentencia de Unificación 26.251, 2014).

A lo anterior se suma el régimen de protección a los menores de edad dentro del ordenamiento jurídico colombiano, del cual se desprende el principio de la prevalencia de sus derechos. Además, los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes también se enmarcan dentro del contexto convencional y no sólo en el ordenamiento jurídico colombiano, lo cual permite “proyectar la actividad de la entidad demandada dentro de los máximos estándares de protección para garantizar una adecuada y oportuna protección de los derechos de las víctimas”, en ejercicio del control de convencionalidad (Sentencia de Unificación 26.251, 2014).

Si la entidad demandada no cumple con las normas constitucionales, convencionales y legales de protección a los menores de edad, y por el contrario es negligente en su actuación, le es imputable el daño antijurídico causado a los menores de edad y a sus familiares (Sentencia de Unificación 26.251, 2014).

3. Desarrollo legal y jurisprudencial de la responsabilidad del Estado por las actuaciones judiciales

Según lo enunciado, a través de la exposición de las reglas jurisprudenciales sobre la responsabilidad del Estado por las actuaciones jurisdiccionales, se demostrará que esta no ha sido suficientemente desarrollada, a diferencia de la jurisprudencia sobre la responsabilidad del Estado por las actuaciones de la administración pública, expuesta precedentemente.

La metodología empleada será similar a la del numeral primero de este capítulo. La obra que servirá como base será la de Dueñas Rugnon (2008), quien recopiló la jurisprudencia del Consejo de Estado por actuaciones jurisdiccionales desde 1886 hasta 2008. Sobre esta plataforma, se introducirán las reglas jurisprudenciales actualizadas, contenidas en las últimas providencias proferidas por la Corporación.

A diferencia del apartado anterior, la jurisprudencia no será la única protagonista a la hora de desentrañar como funciona la responsabilidad civil por actuaciones judiciales, sino que será necesario tener en cuenta la evolución legal que ha habido en este tema, siendo hasta ahora uno de los ámbitos de la responsabilidad del Estado que no ha sido de exclusiva creación *praetoriana*.

La investigación hará énfasis en el problema de la responsabilidad por las actuaciones de las altas cortes, pero para ello es necesario tener el panorama completo de la responsabilidad del Estado juez, que en gran parte desemboca en la problemática referida.

En un primer momento se dará cuenta de los antecedentes remotos de la responsabilidad, para luego aterrizar en las que fueron consideradas por Dueñas Rugnon (2008) como las etapas de

la responsabilidad por error judicial, defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y privación injusta de la libertad. Posteriormente, se expondrá la más reciente jurisprudencia sobre la materia, resaltando en abstracto las principales modificaciones en las postura de la Sección Tercera, e igualmente se relatarán brevemente algunos casos.

3.1. Antecedentes remotos

"Del tiempo de los romanos (...), no se conserva ningún texto que trate del error judicial. Tal vez esta institución no se concebía, porque la función de los jurisconsultos era una función de *auctoritas*, o porque, cuando los Jueces llegaron a ser funcionarios, su poder emanaba directamente del Emperador soberano, o tal vez porque la aproximación del jurisprudente romano a la *quaestio iuris* era eminentemente tópica, y por lo tanto las soluciones a los casos tenían de antemano asignado un cierto relativismo" (Hernández Martín, Azpeitia Gamazo, & Villalvilla Muñoz, El error judicial. Procedimientos para su declaración e indemnización, 1994, pág. 31).

Durante "la edad media y siglos posteriores (...), se trata más de casos aislados de error, que de la construcción del error judicial como concepto general" (Hernández Martín, Azpeitia Gamazo, & Villalvilla Muñoz, 1994, pág. 31).

Los principales antecedentes de la responsabilidad por actuaciones judiciales se remontan al siglo XVIII, en países como Francia, Alemania, Inglaterra e Italia, en donde se promulgaron leyes que contemplaban una indemnización con ocasión de las detenciones injustas (Dueñas Rugnon R. , 2008).

En Colombia, los antecedentes de la responsabilidad del Estado por las actuaciones jurisdiccionales se encuentran en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1968), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1972) y el artículo 103 del Decreto 522 de 1971 sobre privación injusta de la libertad. El error judicial era estudiado como responsabilidad personal del juez en virtud del artículo 40 del Código de Procedimiento Civil de 1970.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 el escenario cambió porque el artículo 90 del texto deja muy claro que todas las ramas del poder público pueden ser declaradas responsables por su actuar u omitir y porque se centra en la obligatoriedad de indemnizar los daños

antijurídicos, es decir, aquellos que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar (Dueñas Rugnon R. , 2008).

Uno de los grandes puntos de inflexión en la responsabilidad por las actuaciones jurisdiccionales es la expedición de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en 1996 que estableció las reglas para declarar patrimonialmente responsable al Estado por el error judicial, el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y la privación injusta de la libertad. En el período anterior a la expedición de esta ley, se pueden distinguir dos etapas: de 1886 a 1991 y de 1991 a 1996 (Dueñas Rugnon R. , 2008, pág. 24).

3.2. Primera etapa (1886-1991)

En la primera de estas etapas, es decir entre 1886 y 1991, hubo algunos fallos aislados del Consejo de Estado que conderon al Estado por la actividad jurisdiccional, especialmente por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia¹⁰². Esta situación dio pie para que la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de noviembre de 1973 criticara la relación inversamente proporcional entre la responsabilidad de la administración y la responsabilidad por falla judicial, argumentando la infracción del artículo 10 de la Convención Americana y del artículo 16 de la Constitución de 1886 (Dueñas Rugnon R. , 2008).

El concepto de error judicial, tratado en una decisión del Consejo de Estado proferida en 1981, fue concebido como un riesgo en cabeza del administrado o una carga pública, describiéndolo como “el sacrificio que hace el individuo a cambio de la seguridad jurídica, de la paz y de la tranquilidad que le ofrece el Estado” (Expediente 2462, 1981). De acuerdo con esta misma providencia, cuando se trata de un error inexcusable, grotesco, o que implica fraude o abuso de autoridad, le corresponde al juez responder personalmente en los términos de los artículos 25 y 40 del Código de Procedimiento Civil, y no al Estado¹⁰³ (Dueñas Rugnon R. , 2008, pág. 26).

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado agregó que, a diferencia de la responsabilidad personal del juez prevista en el artículo 40 del CPC, la responsabilidad por falla del servicio de la administración pública es normalmente anónima, de tal forma que en el primer caso la responsabilidad no es del Estado (Expediente R-012, 1987, citada por Dueñas Rugnon,

¹⁰² Ver Expediente 868 (1967) y Expediente 1808 (1976), citados por Dueñas Rugnon (2008).

¹⁰³ Esta postura fue reiterada en Expediente 3416 (1982) Expediente 2676 (1982) y Expediente 3340 (1985), citados por Dueñas Rugnon (2008).

2008, pág. 28), Mientras que la segunda sí. En una sentencia de la Sección Tercera de la misma Corporación¹⁰⁴ también se trató la mora en las decisiones judiciales, como un asunto de responsabilidad personal del juez (Dueñas Rugnon R. , 2008).

En esa época, el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia se asimiló a una falla en la prestación del servicio y hubo lugar a condenar al Estado por los actos del secuestre y por la sustracción de bienes y títulos que se encontraban bajo custodia de las autoridades judiciales (Expediente 41.491, 2016).

3.3. Segunda etapa (1991-1996)

La segunda etapa, comprendida entre los años 1991 y 1996, está marcada por los cambios provenientes de la Constitución de 1991. En las discusiones que se dieron en la Asamblea Nacional Constituyente se acogió la fórmula del artículo 90, entendiendo que se trata de una cláusula general de responsabilidad, que incluye la posibilidad de que esta sea causada por cualquiera de las ramas del poder público (Dueñas Rugnon R. , 2008).

En cuanto a los errores judiciales, a pesar de que la Constitución introdujo con claridad el mandato de indemnizar los daños antijurídicos ocasionados por cualquier autoridad pública, en un primer momento el Consejo de Estado continuó con su tesis de la irresponsabilidad del Estado por los errores judiciales y la consecuente responsabilidad personal del juez, conforme con los supuestos contemplados en el artículo 40 del CPC, arguyendo que de lo contrario se relativizaría la cosa juzgada y que no es posible que los fallos judiciales sean debatidos en otra jurisdicción, al ser la administración de justicia un servicio público que constituye el ejercicio mismo de la potestad del Estado¹⁰⁵ (Dueñas Rugnon R. , 2008).

A partir del segundo semestre del año 92 el Consejo de Estado empezó a aceptar la posibilidad de responsabilizar al Estado por las actuaciones judiciales empleando como fundamento normativo el artículo 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y no el artículo 90 constitucional¹⁰⁶.

“en una decisión de 22 de julio de 1994, expediente 9043, la Sección Tercera aseguró que (...) no existía duda alguna en torno a que los errores judiciales podrían ser fuente

¹⁰⁴ Ver Expediente 5451 (1990), citado por Dueñas Rugnon (2008).

¹⁰⁵ Ver Expediente 5331 (1992) y Expediente 6023 (1992), citados por Dueñas Rugnon (2008).

¹⁰⁶ Ver Expediente 6779 (1992), citado por Dueñas Rugnon (2008).

de reclamaciones por quienes resultaran dañados o perjudicados con ellos, independientemente de la responsabilidad que pudiera recaer sobre el funcionario judicial” (Expediente 41.491, 2016).

En decisión de octubre de 1992¹⁰⁷ ese tribunal condenó al Estado por una providencia abiertamente ilegal. En esa oportunidad se argumentó que la responsabilidad del Estado se produjo por tratarse de una grave equivocación del juez frente a la cual el Consejo de Estado no podría continuar siendo renuente a declarar la responsabilidad del Estado por falla del servicio judicial por razones de equidad y justicia frente al resarcimiento de los perjuicios ocasionados (Dueñas Rugnon R. , 2008, págs. 36-37, 39).

Posteriormente, el órgano de cierre de lo contencioso administrativo agregó que otra de las razones por las cuales las condenas solo deben ser ocasionadas por fallas graves en la prestación del servicio judicial es porque el proceso judicial es una carga que debe ser soportada por los ciudadanos. De esta forma, aseguró que los perjuicios ocasionados por actuaciones como el allanamiento, la requisa y la detención preventiva generan perjuicios que no son antijurídicos y menos aún cuando existe una razonable justificación para proceder de esta forma, aun cuando finalmente se adopten decisiones absolutorias¹⁰⁸ (Dueñas Rugnon R. , 2008, págs. 42-43).

La tendencia a declarar la responsabilidad estatal únicamente cuando se trata de errores judiciales ostensibles, manifiestos y de gran entidad se mantuvo aproximadamente hasta el año 1995¹⁰⁹. A lo anterior se agregó que estos errores judiciales constituyen una falla relativa en el servicio de la administración pública, es decir, que se debe tener en cuenta el contexto en el que se produjo el hecho para determinar si le era exigible al Estado una conducta distinta (Dueñas Rugnon R. , 2008).

Respecto al defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, que había gozado de un desarrollo más amplio que el del error judicial, fue definido por la jurisprudencia “como aquella que se produce por el deficiente, malo o negligente actuar de la administración de justicia, no en el aspecto material de las providencias, sino en la ejecución de las mismas, y en general en

¹⁰⁷ Ver Expediente 7058 (1992), citado por Dueñas Rugnon (2008).

¹⁰⁸ Ver Expediente 7869 (1993), Expediente 7687 (1995), Expediente 10.056 (1995), Expediente 9143 (1996), citado por Dueñas Rugnon (2008).

¹⁰⁹ Ver Expediente 7736 (1993) y Expediente 8210 (1993), citado por Dueñas Rugnon (2008).

el trámite de los procesos judiciales” (Dueñas Rugnon R. , 2008, pág. 44). De esta forma, fue tratado como una falla en la función administrativa del poder judicial, sin dar cabida a la responsabilidad objetiva (Dueñas Rugnon R. , 2008).

En cuanto a la privación injusta de la libertad, desde el principio la jurisprudencia fue mucho más amplia que en los otros dos supuestos y de manera reiterada se manejó como responsabilidad objetiva. Además que en este caso existía un sustento legal, el cual era el Decreto 2700 de 1991, Código de Procedimiento Penal vigente para la época (Dueñas Rugnon R. , 2008).

El Código de Procedimiento Penal expedido en 1991 (Decreto 2700) en su artículo 232 consagró la acción de revisión a través de la cual se reabría un juicio ya clausurado cuando existiera error judicial, como excepción a la intangibilidad de la cosa juzgada. Igualmente, el artículo 242 de dicho instituto estableció el derecho a la indemnización de los perjuicios causados con el proceso penal, con fundamento en el cual el Consejo de Estado declaró la responsabilidad de la Administración en varias oportunidades (Expediente 41.491, 2016).

El término ‘privación injusta’ era considerado un concepto jurídico indeterminado que debía ser interpretado por el juez, sin embargo, la norma contenía tres supuestos en donde la privación debía ser considerada como injusta, cuando ocurría una detención preventiva dentro de un proceso que finalizaba con sentencia absolutoria, a pesar de la legalidad de la detención, de tal forma que la administración solo podía exonerarse comprobando el dolo o la culpa grave de la víctima, como cuando confiesa su culpabilidad y luego se descubre lo contrario, o cuando el abogado dilató el proceso (Dueñas Rugnon R. , 2008).

“El primer fallo que dictó el Consejo de Estado, con base en el artículo 414 del CPP, fue el 30 de junio de 1994” por inexistencia del delito¹¹⁰ (Dueñas Rugnon R. , 2008, pág. 49). En esta providencia se expuso la diferencia entre el error judicial de hecho y el error de derecho, expresando que solo el segundo puede causar responsabilidad; que la responsabilidad por privación injusta de la libertad no opera solo en las hipótesis señaladas en el artículo 414; que es necesario probar el daño y su relación de causalidad con el error; que es necesario que el sindicado no haya actuado con dolo; que la reparación debe ser integral; que la responsabilidad es objetiva;

¹¹⁰ Ver Expediente 9734 (994), citado por Dueñas Rugnon (2008).

y que sirven como causales eximentes de responsabilidad la fuerza mayor, la actuación de un tercero y a culpa exclusiva de la víctima (Dueñas Rugnon R. , 2008).

Cuando se condenaba al Estado porque el detenido es absuelto estando en una situación distinta a las contempladas en el artículo 414, la jurisprudencia precisó que la responsabilidad no se deriva de forma automática y en consecuencia era deber del demandante demostrar que la detención sufrida fue injustificada, es decir, que se trataba de un régimen de falla probada (Dueñas Rugnon R. , 2008).

Acercas de la responsabilidad personal del juez, conforme con el artículo 40 del CPC, se imponía la responsabilidad patrimonial, además de la penal y la disciplinaria, cuando este procediera con dolo, fraude, o abuso de autoridad; cuando omitiera o retardara injustificadamente una providencia; y cuando obrara con error inexcusable. Los requisitos para probar los elementos de la responsabilidad, de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, eran muy exigentes¹¹¹. En lo concerniente al error inexcusable, no aplicaba cuando el juez optara por una de las posibles interpretaciones de una norma aunque fuera errada, sino cuando se tratara de una decisión sin ninguna clase de fundamento lógico (Dueñas Rugnon R. , 2008).

Adicionalmente, se entendió que únicamente los jueces ordinarios eran los destinatarios de este artículo, puesto que se consideró que debían quedar excluidos los jueces creados con posterioridad a la expedición del CPC (año 1970). Además, la responsabilidad personal del juez era considerada la excepción frente a la regla general de responsabilidad del Estado, principalmente porque cuando el juez pronuncia la sentencia lo hace a nombre del Estado¹¹² (Dueñas Rugnon R. , 2008).

Al fin y al cabo no se impuso ninguna condena a un juez en virtud del artículo 40 del CPC y esta norma fue expulsada del ordenamiento jurídico por la Corte Constitucional en la Sentencia C-244A de 1996, por considerar que había sido subrogada por la Ley 270 de 1996, sobre administración de justicia, de acuerdo con la cual la responsabilidad debe ser asumida por el Estado en todos estos casos, quien a su vez puede repetir contra el funcionario judicial (Dueñas Rugnon R. , 2008).

¹¹¹ Ver Sala de Casación Civil (1991), Sala de Casación Civil (1988) y Sala de Casación Civil (1993), citado por Dueñas Rugnon (2008).

¹¹² Ver Sala de Casación Civil (1995), citado por Dueñas Rugnon (2008).

3.4. Tercera etapa (1996-2008)

En esta etapa, cuyo comienzo está marcado por la expedición de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, se tiene que el artículo 65 de dicha ley, en su primer inciso reproduce el primer inciso del artículo 90 constitucional y en segunda medida contempla que el Estado responderá por las tres situaciones relatadas con anterioridad: el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, el error judicial y la privación injusta de la libertad (Dueñas Rugnon R. , 2008).

La Corte Constitucional en Sentencia C-037 de 1996 señaló que una norma estatutaria no tiene la virtualidad de limitar una norma de rango constitucional, y en consecuencia afirmó que es necesario que el inciso segundo del artículo 65 sea interpretado de una forma más amplia, es decir que debe ser visto como una enumeración no taxativa de los supuestos que pueden dar lugar a la responsabilidad del Estado por la actuación de los agentes estatales (Dueñas Rugnon R. , 2008).

3.4.1. Error judicial

En la tercera etapa, el error judicial se basó en la equivocación del fallador al dictar la providencia por ser contraria a derecho, con independencia de si su actuación era dolosa, culposa o arbitraria y sin necesidad de constituir una vía de hecho. Además, debe tenerse en cuenta que no existe una única respuesta correcta a todos los problemas jurídicos, pues es posible arribar a distintas soluciones razonablemente justificadas a pesar de que estas sean contradictorias entre sí¹¹³ (Dueñas Rugnon R. , 2008).

“Ante las decisiones judiciales erradas existen en la teoría jurídica tres sistemas para tratar de subsanarlos o de indemnizar los daños causados al perjudicado con la providencia: el primero lo conforma todo el conjunto de recursos ordinarios y extraordinario señalados en los códigos de procedimiento, pues es claro que cuando la providencia que contiene el error es revocada por el mismo funcionario, o por su superior con la utilización de los recursos, no se configura el error judicial¹¹⁴; el segundo lo constituye el sistema de responsabilidad personal del juez; y en tercer lugar, el sistema de responsabilidad institucional de la función jurisdiccional” (Dueñas Rugnon R. , 2008, pág. 64).

¹¹³ Ver Expediente 15.576 (2007), citado por Dueñas Rugnon (2008).

¹¹⁴ Ver Expediente 13.164 (2001), citado por Dueñas Rugnon (2008).

3.4.1.1. Definición

El error jurisdiccional, según la definición del artículo 66 de la Ley 270 de 1996, “es aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley” (Dueñas Rugnon R. , 2008, pág. 65).

Sobre este artículo la Corte Constitucional¹¹⁵ se pronunció de la siguiente forma: (i) el error debe estar contenido en una providencia judicial; (ii) y debe partir del respeto por la autonomía funcional del juez, (iii) en consecuencia, la responsabilidad no puede provenir de una simple equivocación o desacierto del juez, sino que por el contrario, “la comisión del error jurisdiccional debe enmarcarse dentro de una actuación subjetiva, caprichosa, arbitraria y flagrantemente violatoria del debido proceso, bajo las mismas causales definidas por la jurisprudencia respecto a las vías de hecho; (iv) es decir que respecto a las actuaciones que carecen de fundamento objetivo, lo cual sucede cuando estas son manifiestamente contrarias a la Constitución y a la ley; (v) de esta forma, “se trata de un verdadero límite sustancial a la discrecionalidad de los servidores públicos, quienes, en el desempeño de sus funciones, no pueden interpretar y aplicar arbitrariamente las normas” (Dueñas Rugnon R. , 2008).

Particularmente, cuando se trata de juzgar los errores contenidos en las providencias proferidas por las altas cortes, la Corte Constitucional, en la misma sentencia, señaló que son ellas mismas las competentes, por ser cúspide de la jurisdicción que cada una encabeza de acuerdo con los artículos 234, 241 y 257 de la Constitución. Así, estimó que a través de la jurisprudencia de las altas cortes se unifica la jurisprudencia y se definen los criterios jurídicos aplicables a los casos similares. Una vez agotados los procedimientos y recursos respectivos, las decisiones de las altas cortes “se tornan en autónomas, independientes, definitivas, determinantes y, además, se convierten en el último pronunciamiento dentro de la respectiva jurisdicción”, en pro de la seguridad jurídica, otorgándole a los ciudadanos la certeza de que los procesos judiciales han culminado y no pueden ser posteriormente revividos (Dueñas Rugnon R. , 2008).

Bajo estas consideraciones, el alto tribunal resolvió condicionar la exequibilidad del artículo 66 de la Ley 270 en el sentido de que

¹¹⁵ Ver Sentencia C-037 (1996), citado por Dueñas Rugnon (2008).

“no es posible reclamar por la actuación de las altas corporaciones de la rama judicial, una responsabilidad del Estado a propósito del error jurisdiccional, pues ello equivaldría a reconocer que por encima de los órganos límite se encuentran otros órganos superiores, con lo cual, se insiste, se comprometería en forma grave uno de los pilares esenciales de todo Estado de derecho, cual es la seguridad jurídica” (C-037, 1996, citado por Dueñas Rugnon, 2008, pág. 69).

3.4.1.2. Elementos

Los elementos configurativos del error judicial según el artículo 66 de la Ley 270 de 1996 son los siguientes: (i) lo debe cometer una autoridad investida de facultad jurisdiccional; (ii) la autoridad investida de facultad jurisdiccional debe haber actuado como tal; y (iii) la providencia contentiva del error judicial debió haber sido dictada por una autoridad jurisdiccional dentro de un proceso (Dueñas Rugnon R. , 2008).

En cuanto al primer punto, las autoridades investidas de facultad jurisdiccional son las que se enuncian en el artículo 116 de la Constitución, incluidas también en el artículo 74 de la Ley 270. Vale la pena preguntarse si todas ellas hacen responsable al Estado por sus errores, especialmente cuando se trata de los jueces de paz, la jurisdicción indígena, el Congreso de la República cuando excepcionalmente ejerce función judicial, las autoridades administrativas en ejercicio de funciones judiciales, los particulares que la ejercen de manera transitoria y excepcional, la jurisdicción penal militar, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en juicios abstractos de constitucionalidad (Dueñas Rugnon R. , 2008).

A continuación se plantearán algunas breves consideraciones sobre la problemática que este tema genera en torno a las mencionadas autoridades y más adelante se profundizará únicamente en el ejercicio transitorio de funciones judiciales por parte de los árbitros y en las autoridades competentes para realizar los juicios abstractos de constitucionalidad, por ser dos temas especialmente controvertidos en la actualidad.

Respecto a los jueces de paz, es necesario recordar que ellos no fallan en derecho, motivo por el cual sus únicos límites son los derechos fundamentales y la razonabilidad de sus decisiones. Respecto a la jurisdicción indígena, “la Corte Constitucional¹¹⁶ ha dicho que se debe respetar la

¹¹⁶ Ver Sentencia T-496 (1996), citado por Dueñas Rugnon (2008).

autonomía en el juzgamiento que la etnia hace a sus indígenas, pero que esta autonomía tiene como límite la Constitución Política” (Dueñas Rognon R. , 2008, pág. 71).

En relación con el Congreso de la República, cuyas funciones jurisdiccionales se encuentra establecidas en los artículos 116, 174 y 178 de la Constitución Política; los artículos 311, 312, 327 y ss de la Ley 5 de 1992 y el artículo 13 de la Ley 270 de 1996, la Corte Constitucional¹¹⁷ dijo que en estos casos no es aplicable la inviolabilidad del voto por no tratarse de competencias legislativas, motivo por el cual se admite la competencia de la Corte Suprema de Justicia, y además, que la responsabilidad es institucional y no personal (Dueñas Rognon R. , 2008).

En lo concerniente a las autoridades administrativas, se dijo que deben incluirse actuaciones como los juicios fiscales a cargo de la Contraloría y los procedimientos de la superintendencias. Por su parte, los particulares que ejercen la jurisdicción comprenden los conciliadores y los árbitros (Dueñas Rognon R. , 2008), lo cual será abordado más adelante.

“En cuanto toca con la jurisdicción penal militar, aunque la sentencia 037 de 1996 (...) declaró que no hacía parte de la rama judicial, y que por ello sus decisiones se tomaban como actuaciones administrativas, la jurisdicción contenciosa administrativa¹¹⁸ ha condenado en algunos procesos en donde se controvirtieron sus fallos, tomándolo como un prestador de justicia, aclarando que la condena se hace al presupuesto del Ministerio de Defensa y no al de la rama judicial” (Dueñas Rognon R. , 2008, pág. 78).

Profundizando en la responsabilidad de las altas cortes, se ha considerado que

“Este condicionamiento hecho por la Corte Constitucional viola la norma constitucional sobre la responsabilidad general de las autoridades públicas, y en especial las disposiciones legales de los artículos 65 y 66 de la Ley 270 de 1996, los cuales manifiestan que el Estado debe responder por los daños antijurídicos causados por sus agentes judiciales (sin hacer ninguna distinción), y que el error judicial puede ser cometido por la autoridad investida de facultad jurisdiccional (sin indicar cuáles pueden o no generar este tipo de responsabilidad).

¹¹⁷ Ver Sentencia SU-047 (1999), citado por Dueñas Rognon (2008).

¹¹⁸ Ver Expediente 951.068 (2003) y Expediente 15.432 (2006), citado por Dueñas Rognon (2008).

El argumento esgrimido se sustenta en que la seguridad jurídica se comprometería al analizar posibles errores jurídicos de los órganos límites; esa idea sobrepone el principio de la seguridad jurídica al de justicia. Pero se debe tener en cuenta que el principio de la seguridad jurídica no se vulnera porque la actuación judicial que se demanda no pierde sus efectos, se continúa cumpliendo, no se modifica. El fin buscado por el proceso contencioso administrativo es saber si la providencia causó daños antijurídicos al usuario del servicio judicial, y si así lo fue, se liquidará la indemnización de perjuicios correspondiente.

El Consejo de Estado se ha manifestado en varias oportunidades sobre el tema, estudiando de fondo el proceso, es decir, analizando si la providencia de la alta corte generó un daño antijurídico, inaplicando en este sentido el condicionamiento expuesto por la Corte Constitucional. En una sentencia de septiembre de 1997, el Consejo de Estado condenó al Consejo Superior de la Judicatura por una decisión que tomó sobre una sanción disciplinaria a un abogado¹¹⁹ (Dueñas Rugnon R. , 2008, págs. 90-91).

A su vez, el Consejo de Estado reflexionó lo siguiente:

“[q]ue la responsabilidad patrimonial del Estado sea de origen constitucional, de una parte, y que al 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 1 del artículo 90 de la Carta dispone 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” (Corte Constitucional Sentencia T-501 de agosto 21 de 1992) y, por lo tanto, los daños antijurídicos que ocasionen no están excluidos de la fuente constitucional de responsabilidad estatal

¹¹⁹ Ver Expediente 10.285 (1997), citado por Dueñas Rugnon (2008).

prevista en esta norma” (Expediente 10.285, 1997, citado por Dueñas Rugnon, 2008, pág. 92).

Por último, Dueñas Rugnon (2008) considera que es imposible que respondan la Corte Constitucional y el Consejo de Estado cuando juzgan en abstracto la constitucionalidad de las leyes y los decretos, respectivamente, “porque lo único que estas buscan es salvaguardar el respeto por la Carta Fundamental, y como consecuencia de ello no pueden causar daños a los particulares” (Dueñas Rugnon R. , 2008, pág. 78).

En cuanto al segundo elemento configurativo del error judicial, conforme al artículo 66 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, consistente en que la autoridad investida de facultad jurisdiccional actúa como tal, vale la pena señalar que ello comprende únicamente la resolución de los conflictos, es decir, la función materialmente jurisdiccional, concepto dentro del cual se incluye el uso del poder disciplinario, lo cual se asimila a una providencia judicial (Dueñas Rugnon R. , 2008).

Por último, el requisito de que la providencia que contenga el error judicial haya sido dictada por la autoridad competente dentro de un proceso, este último debe ser comprendido “como la sucesión coordinada de actos que se desenvuelven en el tiempo y que miran al cumplimiento de un suceso como es la sentencia, que tiene como propósito solucionar un conflicto” (Dueñas Rugnon R. , 2008, pág. 80).

Los errores en que una providencia puede incurrir, considerando tanto autos como sentencias, pueden ser *in procedendo* o *in iudicando*. El primero se presenta en la actividad del juez y el segundo en su juicio al resolver el fondo de asunto. Los dos clases de errores hacen responsable al Estado (Dueñas Rugnon R. , 2008).

“En concepto del Consejo de Estado, una providencia contraria a la ley es aquella que ‘surge al subsumir los supuestos de hecho del caso en las previsiones de la norma (error de interpretación), de la indebida apreciación de las pruebas en las cuales ella se fundamenta (error de hecho), de la falta de aplicación de la norma que corresponde, o de la indebida aplicación de la misma (error de derecho)’” (Expediente 9544, 1999, citado por (Dueñas Rugnon R. , 2008, pág. 82).

Adicionalmente, “[e]l Consejo de Estado expresó que la sentencia inhibitoria no configura per se un error judicial, ni conlleva un daño antijurídico” (Dueñas Rugnon R. , 2008, pág. 84). Igualmente, se menciona que el error debe estar contenido o haber insidido directamente en la parte resolutive de la providencia (Dueñas Rugnon R. , 2008).

En cuanto a la asimilación del error judicial a la vía de hecho, debe partirse de la definición de esta última de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹²⁰, como “aquellas en las cuales el juez viola de manera flagrante y grosera la Constitución” (Dueñas Rugnon R. , 2008, pág. 86).

Para Dueñas Rugnon (2008), se están confundiendo dos conceptos diferentes, puesto que el error judicial debe juzgarse de acuerdo con el contenido del artículo 90 constitucional, que no exige como requisito que la providencia viole la ley de manera grosera. Este aspecto solamente debería ser tenido en cuenta para posteriormente estudiar la posible responsabilidad personal del funcionario, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 90 (Dueñas Rugnon R. , 2008).

“El Consejo de Estado ha tenido criterios variables con relación al concepto de error judicial, unas veces cita textualmente a la Corte Constitucional, y otras veces se aparta totalmente de esta posición. Se resalta lo siguiente: en principio el Consejo de Estado tiene un criterio bastante restrictivo respecto del error judicial¹²¹, en donde se limita a analizar la providencia y demostrar si existió o no una conducta abiertamente ilegal (responsabilidad subjetiva), pero también en algunos fallos sostiene una posición contraria¹²², donde se dice que solamente se toma el artículo 90 de la Constitución, y con base en éste se estudia si se causaron daños antijurídicos, para concluir que la responsabilidad por la actividad jurisdiccional es objetiva” (Dueñas Rugnon R. , 2008, pág. 87).

3.4.1.3. Presupuestos

Los presupuestos exigidos por el artículo 67 de la Ley 270 de 1996 para que se configure el error judicial son (i) haber interpuesto todos los recursos de ley, excepto la privación injusta de

¹²⁰ Ver Sentencia T-173 (1993), citada por Dueñas Rugnon (2008).

¹²¹ Ver Expediente 11.708 (1998), Expediente 11.712 (1998) y Expediente 11.613 (1999), citados por Dueñas Rugnon (2008).

¹²² Ver Expediente 1.285 (1997), Expediente 11.864 (1998), citado por Dueñas Rugnon (2008).

la libertad, so pena de que su no interposición haga que se configure la causal eximiente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima¹²³ y (ii) que la providencia que contiene el error se encuentre en firme.

La expresión recursos de ley ha sido interpretada por el Consejo de Estado¹²⁴ como los medios ordinarios de impugnación, a través de los cuales se busca corregir los errores de hecho y de derecho presentes en las providencias. Se ha interpretado que exigir la interposición de los recursos extraordinarios sería una carga excesiva, sin embargo, en un sentido extremo, doctrinantes como Escobar López (1996) consideran que incluso es una carga excesiva requerir la interposición de los recursos ordinarios para demandar al Estado por error judicial (Dueñas Rugnon R. , 2008).

En cuanto al recurso extraordinario de revisión, el Consejo de Estado manifestó que cuando este prospera, se pone de manifiesto un error jurisdiccional indemnizable, de tal forma que en el proceso civil la sentencia que invalide la actuación debe resolver sobre las restituciones, cancelaciones, perjuicios, etc., que ello acarrea, ya sea en concreto o en abstracto (Dueñas Rugnon R. , 2008).

Finalmente, “[e]n Colombia, a diferencia de otros países, se puede demandar por error jurisdiccional sin que exista una sentencia de la jurisdicción correspondiente que declare dicho error” (Dueñas Rugnon R. , 2008, pág. 95).

3.4.2. Privación injusta de la libertad

En cuanto a la privación injusta de la libertad, desarrollada en el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, calificando la privación indemnizable como injusta y no como ilegal, el cual es un término más amplio que el segundo y que sugiere la posibilidad de que se trata de un título de imputación objetiva por daño especial porque “[c]on el anterior criterio no se estudia si la medida que ordenó la detención fue legal o no, sino si el daño sufrido por el detenido fue anormal y grave” (Dueñas Rugnon R. , 2008, pág. 110).

Este artículo sustituyó el mentado artículo 414 del Código de Procedimiento Penal dejando intacto el enunciado general y suprimiendo las tres situaciones enunciadas en su segundo

¹²³ Ver Expediente 12.835 (1997), citado por Dueñas Rugnon (2008).

¹²⁴ Ver Expediente 9.544 (1999) y Expediente 13.258 (1997), citado por Dueñas Rugnon (2008).

inciso en las cuales se presumía la detención injusta. Igualmente, dejó de existir lo dispuesto en el artículo 242 sobre el recurso extraordinario de revisión (Dueñas Rugnon R. , 2008).

Para el momento había dudas sobre la naturaleza objetiva de este tipo de responsabilidad y si el Estado era responsable cuando se da aplicación al principio *in dubio pro reo* (Dueñas Rugnon R. , 2008).

“En un principio la jurisprudencia fue muy limitada, pues solamente aceptaba la responsabilidad por la detención injusta cuando la medida de aseguramiento hubiere sido fruto de decisiones contrarias a derecho o abiertamente arbitrarias¹²⁵ (...). Luego se abrió campo para que este tipo de responsabilidad se volviera más objetiva, donde tan sólo se demuestra el daño antijurídico (privación de la libertad del demandante), y la causalidad jurídica (estar investigado dentro de un proceso que concluyó con su absolución)¹²⁶”.

“La jurisprudencia del Consejo de Estado ha asumido su evolución en cuatro etapas, a saber: la primera, en donde se sostenía que la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad de las personas se debía fundamentar en el error judicial, cuando el juez contrariaba abiertamente el derecho al dictar su providencia; la segunda, en la cual la carga procesal para el actor de demostrar el carácter injusto de la detención, consistente en probar el error judicial al ordenar la medida privativa de la libertad, fue reducida tan solo a los casos de detención diferentes a los contemplados en el artículo 414 del CPP, porque en relación con los tres eventos allí señalados se estimó que la ley había calificado que se estaba en presencia de una detención injusta y que, por tanto, surgía para el Estado la obligación de reparar los perjuicios con ella causados; la tercera, en donde se reitera el carácter de injusto de los tres casos de detención que preveía el artículo 414 del CPP y, por ello, se sostuvo que en esos supuestos resultaba indiferente establecer si en la providencia que ordenó la privación de la libertad se incurrió o no en un error judicial, por cuanto lo que compromete la responsabilidad del Estado no es la antijuridicidad de la conducta del agente del mismo, sino la antijuridicidad del daño sufrido por la víctima, en tanto ésta no tiene la obligación

¹²⁵ Ver Expediente 10.923 (1996), citado por Dueñas Rugnon (2008).

¹²⁶ Ver Expediente 11.754 (1997), citado por Dueñas Rugnon (2008).

jurídica de soportarlo; y por último, la cuarta, en la que se amplió la posibilidad de que pueda declararse ente tipo de responsabilidad, a aquellos eventos en los cuales se causa al individuo un daño antijurídico, aunque el mismo se derive de la aplicación en el proceso penal, del principio *in dubio pro reo*, de manera que incluso habiendo sido proferida la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales, si el imputado no es condenado se denen indemnizar los perjuicios causados al particular, *simepre que este no se encuentre en el deber jurídico de soportarlos*” (Dueñas Rugnon R. , 2008, págs. 109-110)

Después de la expedición de la Ley 270 hubo muchas posturas jurisprudenciales, por ejemplo, en sentencia del 2 de octubre del 96 se sostuvo que “si (...) el someterse a una investigación significa una de las cargas que todos los ciudadanos estamos obligados a soportar, en el caso bajo examen, por causa de la gravedad del ilícito ejecutado el sindicado debía esperar los resultados de la investigación” (Expediente 1996, 1996, citado por Dueñas Rugnon R. , 2008, págs. 105-106).

En otros momentos, el Consejo de Estado, por ejemplo en sentencia del 8 de octubre de 2007, consideró lo contrario, juzgando

“desproporcionado exigir a un particular que soporte inerte y sin derecho a ninguna compensación (como si fuera una carga pública que todos debemos asumir en condiciones de igualdad), el verse privado de uno de los bienes jurídicos más preciados, quizá el segundo en importancia después de la vida, como es la libertad personal, en aras de salvaguardar la eficacia de las decisiones del Estado prestador del servicio público de administración de justicia si, una vez desplegada su actividad, esta rama del poder público a la cual le corresponde la carga de la prueba no consiguió desvirtuar la presunción de inocencia del particular al que inculpaba” (Expediente 16.057, 2007, para fraseado por Dueñas Rugnon, 2008, pág. 107).

En otros momentos el Consejo de Estado, aún en vigencia de la Ley 270, usó como fundamento normativo de la responsabilidad del Estado el derogado artículo 414 del CPP¹²⁷ (Dueñas Rugnon R. , 2008).

En cuanto a los supuestos que dan lugar a su declaratoria, además de los típicos casos de privación injusta de la libertad (el procesado no cometió el delito, la conducta no existió, o no es una conducta punible), se cuestiona si otros motivos de absolucón dan lugar a la declaratoria de responsabilidad del Estado, como por ejemplo (i) la aplicación del principio de *in dubio pro reo*, (ii) Cuando la persona fue privada de la libertad por un tiempo mayor del impuesto en la condena; (iii) Cuando en segunda instancia se desconoce el principio de la *non reformatio in pejus* haciendo más gravosa la condena; y (iv) cuando prospera el *habeas corpus* (Dueñas Rugnon R. , 2008).

Respecto a la aplicación del *indubio pro reo* el Consejo de Estado señaló en una ocasión que “la deficiencia en la actuación estatal en la labor probatoria [es una] circunstancia que no puede servir de base, ni por asomo, para la exoneración del Estado por la privación injusta de la libertad” (Expediente 11.754, 1997, citado por Dueñas Rugnon, 2008, pág. 112)¹²⁸.

En el segundo supuesto, es decir cuando el condenado estuvo privado de la libertad por un tiempo mayor al que finalmente fue determinado en la sentencia por la lentitud del aparato judicial, se indicó que el Estado debe responder excepto si la víctima dilató el proceso, en cuyo caso searía su culpa exclusiva (Dueñas Rugnon R. , 2008).

En caso de que la sentencia vulnere el principio de la *non reformatio in pejus*, contenida en el artículo 31 de la Constitución, se creyó que ello debía ocasionar responsabilidad estatal únicamente cuando el superior hace más gravosa la condena legalmente impuesta por el inferior a pesar de haber un único apelante, mientras que el Consejo de Estado¹²⁹ y la Corte Suprema de Justicia¹³⁰, contrario a la Corte Constitucional¹³¹, discreparon frente a la posibilidad de que la responsabilidad surja cuando el aumento de la pena se produce porque el fallo inicial estuviera

¹²⁷ Ver Expediente 10.299 (1996), Expediente 11.754 (1997), Expediente 11.754 (1997), Expediente 13.606 (2001), Expediente 14.253 (2004), Expediente 14.774 (2004), Expediente 14.022 (2005), Expediente 15.814 (2005), Expediente 15.138 (2006), Expediente 13.636 (2006), citados por Dueñas Rugnon (2008).

¹²⁸ Reiteración: Expediente 13.168 (2006), Expediente 15.463 (2007), Expediente 15.980 (2008), citados por Dueñas Rugnon (2008).

¹²⁹ Ver Expediente 11.252 (1999), citado por Dueñas Rugnon (2008).

¹³⁰ Ver Sala Penal (1993), citado por Dueñas Rugnon (2008).

¹³¹ Ver Sentencia T-575 (1993) y Sentencia SU-327 (1995), citados por Dueñas Rugnon (2008).

viciado de ilegalidad, ya que la pena impuesta era inferior a la señalada por la ley, así el condenado sea el único apelante (Dueñas Rugnon R. , 2008).

Por último, si prospera el habeas corpus, ello demuestra la ausencia de justificación de la privación de la libertad, es decir, la injusticia padecida¹³² (Dueñas Rugnon R. , 2008).

3.4.3. Defectuoso funcionamiento de la administración de justicia

“El defectuoso funcionamiento de la administración de justicia es aquel en el cual la parte operativa de la jurisdicción se ha ejecutado imperfectamente, en forma inadecuada. Este evento puede surgir tanto de la actividad de las autoridades investidas de facultad jurisdiccional, como de los demás empleados del órgano jurisdiccional o de las personas que tengan a su cargo esa función” (Dueñas Rugnon R. , 2008, págs. 125-126).

“Este funcionamiento defectuoso de la administración de justicia, según la doctrina, puede ser de tres maneras: a) el propio funcionamiento defectuoso, como cuando no se cita a una persona a un proceso deviendo hacerlo, o la demora injustificada en el trámite judicial; b) falta de funcionamiento, entendido como la falta absoluta de actividad por parte del órgano judicial, y c) mal funcionamiento, donde el aparato jurisdiccional funciona pero lo hace de una manera anormal, por varias razones, como podría ser funcionarios ineptos, o la corrupción dentro de los agentes judiciales, por ejemplo” (Dueñas Rugnon R. , 2008, pág. 126).

Este supuesto fue regulado por la Ley Estatutaria de Administración de Justicia en su artículo 69, estableciendo que además de los errores judiciales y la privación injusta de la libertad, quien haya sufrido un daño antijurídico a consecuencia de la función jurisdiccional, tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación. Es decir, que comprende los actos residuales de la justicia¹³³.

La Corte Constitucional al revisar esta disposición en ejercicio de control previo, dijo que le son “aplicables las consideraciones expuestas respecto del artículo 65” el mismo proyecto de ley (C-037, 1996, citada por Dueñas Rugnon, 2008, pág. 127), es decir, que le corresponde al juez

¹³² Ver Expediente 13.375 (2001), citado por Dueñas Rugnon (2008).

¹³³ Ver Expediente 13.169 (2001), citado por Dueñas Rugnon (2008).

estudiar si se configuró el supuesto de responsabilidad. De otro lado, las consideraciones expuestas sobre los recursos no son en este caso (Dueñas Rugnon R. , 2008).

Despues de expedida la Ley 270, la jurisprudencia la ha asimilado en muchos casos a una falla administrativa en el servicio judicial y en una ocasión la figura fue empleada por el Consejo de Estado para condenar a una alta corte, en lugar de determinar que ella había incurrido en un error jurisdiccional¹³⁴ (Dueñas Rugnon R. , 2008).

“Según la jurisprudencia del Consejo de Estado, los requisitos del funcionamiento anormal de la administración de justicia son, a saber: el hecho u omisión imputable a la administración, el perjuicio y la relación de causalidad entre el hecho y el perjuicio, así como la ausencia de una causa de exclusión de la responsabilidad misma¹³⁵” (Dueñas Rugnon R. , 2008, pág. 129).

Sobre la responsabilidad de los auxiliares de la Justicia, el Consejo de Estado ha dicho que en atención a sus deberes constitucionales y legales pueden comprometer su responsabilidad personal, así como la responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos causados (Expediente 6380, 1991, citado por Expediente 41.419, 2016). “Todo esto derivado del acentuado intervencionismo en la actividad para confeccionar las listas, para designar a los auxiliares de la justicia y para controlarlos estrictamente en el cumplimiento de sus deberes” (Expediente 6380, 1991, citado por Expediente 41.419, 2016). Igualmente, contra ellos también procede la acción de repetición.

Algunos de los casos juzgados por la sección tercera del Consejo de Estado bajo el título de defectuoso funcionamiento de la administración de justicia son: (i) el adjudicatario de un bien rematado debió devolverlo porque en otro juzgado se adelantaba un proceso de quiebra contra el demandado¹³⁶, (ii) la pérdida de un vehículo embargado por la demora en librar el oficio de desembargo¹³⁷, (iii) la pérdida de un bien rematado adquirido por un postor por actuaciones dilatorias del respectivo juzgado¹³⁸, (iv) la participación de una persona en una diligencia de remate

¹³⁴ Ver Expediente 10.285 (1997), citado por Dueñas Rugnon (2008).

¹³⁵ Ver Expediente 11.092 (1996), citado por Dueñas Rugnon (2008).

¹³⁶ Ver Expediente 11.092 (1996), citado por Dueñas Rugnon (2008).

¹³⁷ Ver Expediente 11.029 (1996), citado por Dueñas Rugnon (2008).

¹³⁸ Ver Expediente 9.751 (1997), citado por Dueñas Rugnon (2008).

sin pagar previamente el 20% del valor del bien¹³⁹, (v) el embargo de un bien de una persona que no hace parte del proceso¹⁴⁰, (vi) la mala actuación de un secuestro¹⁴¹ y (vii) la retención de un vehículo durante un lapso de tiempo muy prolongado¹⁴² (Dueñas Rugnon R. , 2008).

La mora en los procesos es uno de los casos más emblemáticos de defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, para lo cual no es suficiente con con el simple retraso o rendimiento insuficiente, sino que es necesario partir del concepto de falla relativa del servicio, porque en Colombia la demora en la justicia se produce por diversos motivos y la congestión de los despachos judiciales es un hecho notorio, además es menester probar que la demora en adoptar una decisión definitiva no fue provocada por las maniobras dilatorias de la parte¹⁴³ (Dueñas Rugnon R. , 2008).

“En muy pocas providencias el Consejo de Estado ha condenado por la mora en el trámite judicial, sustentado en que esa negligencia en el curso del proceso condujo una dilación indebida” vulneratoria de los artículos 29 y 228 de la Constitución Política y del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Dueñas Rugnon R. , 2008, pág. 131).

Por su parte, “la Corte Constitucional, en sentencia de revisión de tutela T-190 de abril 27 de 1995, expresó que el cumplimiento de los términos procesales es un derecho fundamental, según el artículo 29 de la Constitución, por tanto de obligatoria observancia para jueces y fiscales”. A lo cual se suma que los apoderados judiciales deben ser diligentes en los procesos¹⁴⁴ (Dueñas Rugnon R. , 2008, pág. 131).

3.5. Situación actual

Una vez sintetizada la evolución de la responsabilidad estatal por las actuaciones judiciales según la investigación de Dueñas Rugnos R (2008), se contriuirá reseñando la situación actual de desarrollo.

A diferencia de la privación injusta de la libertad, la jurisprudencia sobre error judicial y defectuosos funcionamiento de la administración de justicia solamente ha sufrido ligeros cambios

¹³⁹ Ver Expediente 12.647 (2001), citado por Dueñas Rugnon (2008).

¹⁴⁰ Ver Expediente 10.956 (1998), citado por Dueñas Rugnon (2008).

¹⁴¹ Ver Expediente 15.552 (2006), citado por Dueñas Rugnon (2008).

¹⁴² Ver Expediente 16.347 (2006), citado por Dueñas Rugnon (2008).

¹⁴³ Ver Expediente 10.635 (1996) y Expediente 7.687 (1995), citados por Dueñas Rugnon (2008).

¹⁴⁴ Ver Expediente 10.625 (1996) y Expediente 11.750 (1997), citados por Dueñas Rugnon (2008).

respecto de la relatada evolución. Para demostrar esta afirmación se sintetizarán algunos de los más recientes pronunciamientos de la Sección Tercera del Consejo de Estado sobre los tres denominados *títulos de imputación* de la responsabilidad del Estado por actuaciones jurisdiccionales.

3.5.1. Error judicial y defectuoso funcionamiento de la administración de justicia

En varias oportunidades¹⁴⁵ el Consejo de Estado ha hecho un recuento de cómo se ha manejado la responsabilidad del Estado por error judicial y defectuoso funcionamiento de la administración de justicia desde antes de la promulgación de la Constitución Política de 1991, recordando retrospectivamente que el error judicial inexcusable comprometía únicamente la responsabilidad personal del funcionario en los términos del artículo 40 del entonces Código de Procedimiento Civil, la asimilación efectuada entre falla en el servicio y defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, el nuevo paradigma constitucional presente a partir del año 91, el hito que marcó la expedición de la Ley 270 de 1996 y la regulación que esta estableció.

De esta forma, el alto tribunal señala reiteradamente¹⁴⁶ que, en la actualidad, los juicios sobre la responsabilidad del Estado por las actuaciones jurisdiccionales deben fundamentarse en las exigencias establecidas en la Ley 270, sobre administración de justicia.

El Consejo de Estado también ha insistido en que la jurisprudencia ha sido aguda al señalar la diferencia entre el error judicial y el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia¹⁴⁷, la cual radica en que mientras

“[e]l error jurisdiccional se predica frente a las providencias judiciales por medio de las cuales se declara o se hace efectivo el derecho subjetivo, (...) la responsabilidad por defectuoso funcionamiento de la administración de justicia se produce en las demás actuaciones judiciales necesarias para adelantar el proceso o la ejecución de los providencias judiciales” (Expediente 39.241, 2016).

¹⁴⁵ Ver Expediente 41.491 (2016) y Expediente 37.972 (2016).

¹⁴⁶ Ver Expediente 39.241 (2016), Expediente 36.083 (2016), Expediente 37.972 (2016), Expediente 40.972(2016), Expediente 37.989 (2016). Expediente 39.524 (2016).

¹⁴⁷ Ver Expediente 40.972 (2016), Expediente 39.241 (2016) y Expediente 39.524 (2016).

En este sentido, el Consejo de Estado ha manifestado su desacuerdo con la asimilación entre error judicial y vía de hecho que la Corte Constitucional hizo en la sentencia de control previo de la LEAJ, porque en el primer supuesto no se tiene por objeto la conducta subjetiva del agente infractor, sino la contravención al ordenamiento jurídico inmersa en una providencia judicial¹⁴⁸. La atención debe centrarse en la decisión judicial cuestionada respecto del ordenamiento jurídico y los derechos fundamentales, y no en el comportamiento del juez (Expediente 36.083, 2016).

“No es necesario que la providencia sea constitutiva de una vía de hecho, esto es, que se trate de una actuación subjetiva, caprichosa, arbitraria y flagrantemente violatoria del debido proceso, que obedezca a las motivaciones internas del juez que actúa sin fundamento objetivo y razonable, como lo entendió la Corte Constitucional al condicionar la exequibilidad del artículo 66 de la Ley 270 de 1996¹⁴⁹, porque ello implicaría desconocer la fuente constitucional de la responsabilidad del Estado, consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política, en cuanto dicha disposición prevé que se debe indemnizar todo daño antijurídico que llegue a ocasionarse, con prescindencia de la eventual falta personal del agente que lo causa”¹⁵⁰ (Expediente 41.491, 2016).

De esta forma, la Corporación ha señalado que en desarrollo del artículo 90 constitucional, la responsabilidad por error debería ser objetiva, para lo cual ha entendido que la responsabilidad por error judicial se configura cuando la providencia que lo contenga cause un daño antijurídico imputable a la administración de justicia, mientras que la culpa grave o dolo solo son relevantes para demostrar la responsabilidad personal del funcionario ante el Estado (Expediente 41.491, 2016).

En cuanto a su contenido, ha precisado que

“se incurre en error judicial en providencias por medio de las cuales se interpreta, se declara o se hace efectivo el derecho. Dicha responsabilidad también se hace extensiva a los errores en que incurran los demás agentes del Estado que, sin pertenecer a la Rama Jurisdiccional, cumplan la función de administrar justicia. El error judicial puede

¹⁴⁸ Expediente 14.399 (1999), Expediente 12.719 (2001), Expediente 15.576 (2007), Expediente 15.128 (2007).

¹⁴⁹ Ver Sentencia C-037 (1996).

¹⁵⁰ Expediente 10.285 (1997).

ser de hecho o de derecho, en este último caso por interpretación errónea, falta de aplicación o indebida aplicación de la norma procedente, pero además deben quedar incluidas en el concepto de error jurisdiccional las demás providencias que contraríen el orden constitucional” (Expediente 39.241, 2016).

De esta forma,

“la Sala ha considerado que existe error judicial cuando el juzgador, independientemente de si actúa o no con el elemento subjetivo de la culpa, profiere una providencia discordante con el conjunto de actuaciones desarrolladas dentro del proceso, la cual, una vez queda en firme, ocasiona un daño antijurídico” (Expediente 36.083, 2016).

Sin embargo, para el análisis de configuración del error judicial, se ha introducido varios elementos de contexto. En palabras de la Corporación,

“se ha considerado que para determinar si el juzgador incurrió o no en error judicial debe analizarse la concordancia de la providencia emitida con cada una de los actos desarrollados por las partes durante el proceso, observando con detenimiento los hechos aducidos, el material probatorio aportado y la aplicación del marco normativo realizada por el funcionario judicial al caso particular” (Expediente 36.083, 2016).

Otro aspecto a tener en cuenta es que debido a la congestión judicial el Consejo de Estado está fallando en segunda instancia casos cuyos hechos ocurrieron entre 1999 y 2005, motivo por el cual ha tenido que aplicar la normatividad vigente para ese momento. Es por eso que dentro de los procesos por error judicial ha enjuiciado también la responsabilidad personal de los funcionarios de los despachos judiciales llamados en garantía por las entidades demandadas, en virtud de lo dispuesto en los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo, los cuales exigían al Estado la carga de probar que su agente obró con dolo o con culpa grave, conceptos que a su vez están definidos en el artículo 63 del Código Civil y que deben ser observados a la luz de los artículos 6° y 91 de la Constitución “relativos a la responsabilidad de los servidores públicos y en esa medida las funciones a ellos asignados en los reglamentos y manuales respectivos. Al reseñado marco normativo habría que agregarle que el artículo 71 de la Ley 270 de 1996 prevé

unas presunciones de dolo o culpa grave para los funcionarios judiciales” (Expediente 39.241, 2016).

Otro de los asuntos relevantes tratados por el Consejo de Estado en sus últimos pronunciamientos es el relativo a la posibilidad de que las altas cortes cometan errores judiciales, manifestado abiertamente que su postura es contraria al condicionamiento efectuado por la Corte Constitucional al artículo 66 de la Ley 270 en la Sentencia C-037 de 1996¹⁵¹.

En contravía de lo preceptuado por la Corte Constitucional, El Consejo de Estado

“ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado contenida en el artículo 90 de la Constitución Política no excluye a ninguna autoridad pública como agente del daño, pues si así fuera se suprimiría el derecho a la indemnización de todas las víctimas de hechos imputables a las altas corporaciones de la administración de justicia”¹⁵² (Expediente 36.083, 2016).

Además, advierte que la Corte Constitucional modificó su posición en sentencia C-038 de 2006, pues en esa oportunidad, al estudiar el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 446 de 1998, de acuerdo con el cual el hecho del legislador no comprometía la responsabilidad del Estado, expuso que la Constitución ordena la reparación de los daños antijurídicos provenientes de cualquier autoridad pública, sin más consideraciones (Expediente 36.083, 2016).

En esa misma ocasión sostuvo que restringir la responsabilidad patrimonial estatal a algunos poderes “sería abiertamente inconstitucional desde la perspectiva del Estado social de derecho y de los principios y valores que rigen nuestro ordenamiento constitucional, tales como la solidaridad, la igualdad, la justicia material y la supremacía de la Constitución” (Sentencia C-038 , 2006, citada por Sentencia C-038 , 2006).

Además, la Corporación ha considerado que así como a juicio de la Corte Constitucional la tutela cabe contra las decisiones judiciales provenientes de cualquier autoridad por ser una facultad de origen constitucional que no implica la resolución de fondo del conflicto y que no se enmarca dentro del análisis de la responsabilidad patrimonial del Estado; la responsabilidad

¹⁵¹ Ve Expediente 36.083 (2016).

¹⁵² Ver Expediente 24.141 (2012)

patrimonial del Estado también es un principio que se deriva directamente de la Constitución política y que no implica la interferencia del juez contencioso administrativo en las decisiones judiciales intangibles por la cosa juzgada¹⁵³ (Expediente 36.083, 2016).

Las razones ofrecidas por la sección tercera para afirmar que la responsabilidad estatal puede surgir por los errores en que incurran los agentes judiciales sin importar su ubicación orgánica, son las siguientes: (i) el artículo 90 no hace ninguna distinción respecto a las autoridades públicas que con su actuar u omitir causen daños antijurídicos; (ii) el juicio de responsabilidad del Estado no implica la reapertura del proceso, ni la modificación o alteración de lo dispuesto en el juicio y por ello no atenta contra el principio de seguridad jurídica; (iii) las altas cortes no son infalibles y si fuera así no se contemplarían los recursos extraordinarios en las tutelas contra providencias judiciales.; y (iv) el Consejo de Estado, al ser el tribunal supremo de lo contencioso administrativo competente para juzgar la responsabilidad del Estado, no está limitado por la investidura del juez que incurre en error (Expediente 15.128, 207, citado por Expediente 36.083, 2016).

En desarrollo de lo anterior, indica que “en providencia de 26 de julio de 2012, la Sección Tercera (...) declaró la responsabilidad por el error judicial en que incurrió la Corte Suprema de Justicia (...) al negarse a casar una sentencia” (Sentencia C-038 , 2006).

En el mismo sentido, en providencia del 24 de mayo de 2012 el Consejo de Estado expresó que “[l]a Ley 270 de 1996 no excluye del ámbito de la responsabilidad estatal a las altas corporaciones judiciales, pues considerarlo así quebrantaría los artículos 90 y 13 constitucionales, amén del art. 230 de la Carta” (Expediente 24.141, 2012, citado por Expediente 36.083, 2016). Lo contrario implicaría irrespetar la igualdad frente a las cargas públicas y el deber de solidaridad, de tal forma que ningún caso puede ser excluido del régimen de responsabilidad estatal (Expediente 36.083, 2016).

Otro tema puesto sobre la mesa, es que la existencia del error judicial no sugiere la idea de una única respuesta correcta, puesto que en virtud de los principios constitucionales de autonomía e independencia judicial es aceptado que los jueces interpreten las disposiciones normativas en

¹⁵³ Ver Expediente 24.841 (2012), Expediente 27.862 (2014), Expediente 24.841 (2012) y Expediente 15.128 (2011).

distintos sentidos, siempre y cuando ello se realice de manera razonada y coherente (Expediente 36.083, 2016).

Adicionalmente, en el escenario del error judicial, la Corporación manifestó que si el afectado tiene la posibilidad de evitar el daño, debe hacerlo, aun cuando la autoridad judicial haya errado, pues de lo contrario se configuraría la culpa exclusiva de la víctima:

“si está en manos del interesado evitar el daño es su deber hacerlo, pues de lo contrario incurre en una actitud negligente, de desidia frente a sus propios deberes, lo cual le impide trasladar a la administración las consecuencias desfavorables de ello y perseguir, entonces, la obtención de una ventaja o provecho económico, con cargo al patrimonio de aquélla, pues tal comportamiento solo resulta contrario a la buena fe, principio superior por el cual deben regir todas las relaciones entre el Estado y los administrados, sino que también contraría el principio de derecho según el cual nadie puede sacar provecho de su propia desidia” (Expediente 41.491, 2016).

En cuanto al defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, la Corporación ha continuado sosteniendo la idea de que este debe ubicarse dentro de la teoría general de la falla en el servicio (Expediente 39.241, 2016); y que a través del defectuoso funcionamiento de la administración de justicia se logra atribuir un daño antijurídico al Estado, causado no por el ejercicio de la función jurisdiccional propiamente dicho, sino con ocasión de actividades accesorias asociadas a la administración de justicia (Expediente 40.972, 2016).

Así mismo, el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia puede darse por la desatención de los principios que guían la administración de justicia contenidos en los artículos 29, 228 y 229 de la Constitución Política y en los artículos 2º, 4º, 7º y 9º de la Ley 270 de 1996, dentro de los cuales se encuentran la garantía de un proceso con dilaciones injustificadas, el acceso a la justicia, la celeridad, la eficiencia y el respeto a los derechos, los cuales hacen surgir el derecho a la reparación por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia (art. 69) (Expediente 39.524, 2016).

Igualmente, ha insistido en que estas fallas pueden provenir tanto de los funcionarios como de los particulares investidos de facultades jurisdiccionales, de los empleados judiciales, de los agentes y de los auxiliares judiciales.

En cuanto a la demora injustificada de las decisiones administrativas y judiciales, la Corporación mantiene la idea de que ella compromete la responsabilidad del Estado bajo el título de falla relativa en el servicio, puesto que no hay que olvidar la realidad propia de nuestro sistema¹⁵⁴.

A lo anterior se suma el concepto de ‘plazo razonable’ imperante en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, “como una forma de garantizar que la duración de los procesos y actuaciones judiciales no conlleven a una vulneración de derechos de quienes acceden a la administración de justicia”. De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el plazo razonable se estructura teniendo en cuenta la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado, la conducta de las autoridades judiciales y los efectos de la demora sobre la situación jurídica de la víctima (Expediente 39.524, 2016).

A pesar de que el requisito de agotar los recursos solamente se predica del error judicial, en el Expediente 40.972 (2016) el Consejo de Estado lo aplicó al defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, considerando que se configura la culpa exclusiva de la víctima porque a pesar de que en efecto exista un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, el daño ocasionado no es imputable a la administración por esta falla en el servicio si el demandante hubiese podido acudir al juez extraordinario de casación y si se hubiese atacado el acto irregular a través de un incidente de nulidad orientado a la revocatoria de dicha actuación (Expediente 40.972, 2016).

Otro tema relevante tanto para el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia como para el error judicial es que para que este último se configure, de acuerdo con el artículo 90 constitucional, no es suficiente con que se acredite la existencia de la falla en la prestación del servicio de justicia, sino que esta debe generar un daño antijurídico resarcible (Expediente 41.491, 2016).

Igualmente, respecto al error judicial, para que se configure la responsabilidad no basta con probar la existencia de los yerros jurídicos, sino que además estos deben traducirse en un menoscabo susceptible de ser reparado conforme con el artículo 177 del Código de Procedimiento

¹⁵⁴ Ver Expediente 39.524 (2016).

Civil. Al respecto, aclara que de la gravedad o naturaleza del yerro no es posible derivar la existencia de los perjuicios (Expediente 37.972, 2016).

3.5.1.1. Algunos casos

Son escasas las condenas contra el Estado por error judicial o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, puesto que el Consejo de Estado ha sido muy exigente con los ciudadanos y con los abogados que los representan en los juicios, respecto al cumplimiento del deber ciudadanos instituido en el numeral 7 del artículo 95 de la Constitución, de colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia.

En varios de los casos propuestos, aun cuando haya habido un error cometido por las autoridades públicas, se le endilga a la víctima la causación del daño antijurídico; en otros simplemente se determinó que el mentado error o falla no existió y solo en dos de ellos se condenó al Estado, pero en uno se impuso una indemnización casi irrisoria, como se verá en los relatos que a continuación se presentan.

3.5.1.1.1. Expediente 39.524 (2016)

En Primer lugar, en el Expediente 39.524, 2016 se analiza el caso de una ciudadana que fue vinculada a una investigación penal posteriormente precluida por la presunta comisión de delitos contra la eficaz y rectad administración de justicia. Según la demandante, se vio perjudicada moral, económicamente y en su vida de relación por haber sido presentada como una criminal a pesar de que solicitó en múltiples ocasiones que se definiera su situación jurídica.

En esa oportunidad la Corporación determinó que no se produjo un daño antijurídico porque las investigaciones penales dentro de las cuales no se impone una medida de aseguramiento son “una carga que como todo/a ciudadano/a está en el deber de soportar en aras del correcto funcionamiento de la administración de justicia”.

Agrega que no se puede pretender la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad ni la presunción del daño cuando existe privación injusta de la libertad, por el mero hecho de la preclusión.

En este mismo caso, se indica que el desconocimiento del tiempo legalmente previsto para definir la situación jurídica, sin existir una medida privativa de la libertad no implica en sí mismo un funcionamiento anormal o deficiente porque durante ese período la demandante disfrutó sus

garantías y libertades constitucionales sin limitación imputable a la Fiscalía y no probó haber sufrido ningún otro daño.

3.5.1.1.2. Expediente 41.491 (2016)

En segundo lugar, se presenta el Expediente 41.491 (2016), referente a una demanda de reparación directa porque dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, en el trámite de envío del expediente de un despacho judicial a otro, se perdió un memorial con el cual se sustituía el poder, motivo por el cual la demanda fue rechazada por el juez al que se le remitió el proceso, frente a lo cual la nueva abogada allegó el respaldo de recibido del documento y finalmente la demanda fue rechazada.

Bajo estos supuesto, se consideró que en efecto se extravió un memorial cuya ausencia hizo que la demanda fuera finalmente rechazada, de tal forma que si existió el alegado defecto en la administración de justicia, sin embargo el daño no se ocasionó por esa razón, ya que durante el término para subsanar la demanda, la abogada pudo presentar nuevamente la sustitución del poder original con la respectiva presentación personal ante el juzgado, en lugar de adjuntar la constancia de recibido del mismo, pues con ello dejó de satisfacer la exigencia del juzgado laboral.

De esta forma, concluye que el daño se causó como consecuencia de la desidia de la abogada por no haber obrado conforme a los requerimientos del juez y faltando al mandato constitucional de cooperar con la administración de justicia, a pesar de que ello no era un requisito difícil de cumplir.

3.5.1.1.3. Expediente 37.972 (2016)

Los accionantes compraron un inmueble y realizaron el respectivo registro de la escritura pública. El vendedor fue demandado por el anterior propietario por lesión enorme, a pesar de lo cual los dos últimos adquirientes no fueron vinculados al proceso ordinario dentro del cual el juez decretó la rescisión del contrato, ordenando la cancelación de la escritura y de su registro, obviando que existía un registro posterior. Los compradores interpusieron recurso extraordinario de revisión y el tribunal que conoció el recurso declaró la nulidad de todo lo actuado dentro del proceso ordinario y ordenó la cancelación de la nota relativa a la rescisión del contrato.

La conclusión obtenida por el Consejo de Estado es que no existió un menoscabo sobre el derecho de propiedad porque no fueron privados del mismo. “[Y] en lo relativo a la supuesta

privación de la posibilidad de explotar dicho predio, los medios de convicción allegados al expediente indican que se trata de una facultad del derecho de propiedad que los demandantes nunca detentaron, por lo que tampoco podrían ser privados de ella”.

3.5.1.1.4. Expediente 40.972 (2016)

Se reclama la responsabilidad del Estado por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia consistente en que la secretaría del despacho de un tribunal penal, en lugar de notificar personalmente la sentencia, lo hizo por edicto e incumpliendo la orden de informar que en ese caso solo procedía el recurso extraordinario de casación, impidiendo así que la parte civil impugnara la decisión de segunda instancia en la que se resolvió absolver al procesado porque no se logró establecer con certeza su responsabilidad penal.

La sala identificó que en efecto la sentencia no se notificó en debida forma, puesto que el artículo 176 de 2000, vigente en ese momento, establecía que la sentencia penal debía notificarse personalmente y solo en caso de que ello no se lograra debía surtir la notificación por edicto. La secretaría del tribunal omitió adelantar las labores encaminadas a lograr la notificación personal de la providencia, limitándose a dejar el expediente en secretaría a disposición de los interesados y posteriormente procedió a la fijación del respectivo edicto. Debido a lo anterior, la notificación fue indebida e ineficaz, sumado a que la secretaría del Tribunal no informó a los interesados que contra esa decisión sólo procedía el recurso extraordinario de casación, como se había dispuesto en la parte resolutive de la sentencia.

A pesar de que en efecto existió el alegado defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, se determinó que el daño ocasionado no era imputable a la administración por esta falla en el servicio, puesto que se configuró la culpa exclusiva y determinante de la víctima, porque el demandante hubiese podido acudir al juez extraordinario de casación si se hubiese atacado el acto irregular a través de un incidente de nulidad orientado a la revocatoria de dicha actuación

Es decir que, si el afectado hubiera procedido de esa manera el daño no se hubiera ocasionado configurándose la culpa exclusiva de la víctima, “pues pudiendo contribuir a la corrección del error, promoviendo el incidente de nulidad del acto de notificación, se abstuvo de hacerlo, de manera que aquél (el daño) no es imputable al Estado” (Expediente 40.972, 2016).

3.5.1.1.5. Expediente 36.083 (2016)

El demandante considera que es ilegal la providencia proferida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca y confirmada por el Consejo Superior de la Judicatura que lo excluye definitivamente del ejercicio de la profesión de abogado, motivo por el cual demanda a la Nación-Rama Judicial y a los magistrados que para entonces integraban la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Sin embargo, en la sentencia se aseguró que el mentado error no ocurrió.

3.5.1.1.6. Expediente 39.241 (2016)

Se relata el caso contenido en el Expediente 39.241 (2016), dentro del cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda impulsada por los siguientes hechos: dentro de un proceso ejecutivo se celebró diligencia de remate respecto de dos inmuebles y se adjudicaron dichos inmuebles al demandante, quien fue catalogado como el mejor postor.

Reclama que al recibir la orden de registro, adjudicación y levantamiento de las medidas cautelares, la oficina de registro envió una nota devolutoria al juzgado respectivo, toda vez que en los folios de matrícula inmobiliaria aparecía inscrita una medida de embargo ordenada por la DIAN, pese a que la DIAN había informado oportunamente al despacho sobre la medida de embargo emitida dentro de un proceso de cobro coactivo por deudas fiscales que pesaban sobre los mismos bienes inmuebles, lo cual o fue tenido en cuenta porque el documento que lo informaba no fue anexado al expediente del proceso ejecutivo.

Como consecuencia de lo anterior, las propiedades quedaron en manos del demandante en calidad de poseedor de buena fe y depositario, motivo por el cual tuvo que pagar otra vez por ellos en una nueva subasta pública ofrecida por la administración tributaria.

El Consejo de Estado consideró que en este caso el hecho dañoso consistió en la omisión de no haberse agregado al proceso ejecutivo hipotecario el oficio enviado por la DIAN que informaba sobre el embargo por deudas fiscales sobre los mismos inmuebles, lo que hubiera dado lugar al decreto de acumulación de embargos en procesos de diferentes jurisdiccionales, conforme al artículo 542 del Código Civil, de tal manera que la diligencia de remate hubiera logrado la satisfacción de las dos acreencias laborales. La imputación de dicho daño a la Nación-Rama Judicial se realizó a título de falla en el servicio de la administración de justicia.

En consecuencia, la Sala advirtió en la liquidación de perjuicios que debía ordenarse el pago del dinero que el accionante tuvo que erogar para pagar el segundo remate para acceder a las propiedades, así como veinte SMMV por el daño moral ocasionado con la situación económica que tuvo que afrontar.

3.5.1.1.7. Expediente 40.745 (2016)

La demandante alega que a pesar de que la Corte Constitucional ordenó la nulidad de todo lo actuado a partir de la liquidación del crédito hipotecario dentro del proceso ejecutivo adelantado en su contra y la terminación del proceso, este siguió su curso y además los inmuebles no le fueron restituidos, causándole perjuicios.

La demandante solicitó un crédito hipotecario, el cual fue amortiguado en Unidades de Poder Adquisitivo Constante (UPAC). Los bienes hipotecados fueron embargados y secuestrados por la entidad financiera por la mora en la que incurrió la demandante. Frente a una solicitud de la ejecutada, el juzgado accedió a realizar una liquidación adicional del crédito, la cual no fue efectivamente practicada antes de que se llevara a cabo una primera diligencia de remate que resultó fracasada.

Posteriormente, la demandante solicitó al Juzgado que en la liquidación adicional fuera tenida en cuenta la Sentencia C-700 de 1999 por medio de la cual la Corte Constitucional declaró inconstitucionales los artículos del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que implementaban el UPAC. Unos meses más tarde, la actora manifestó al juzgado y a la entidad financiera su voluntad de acogerse a la nueva ley de financiamiento de vivienda, lo cual implicaba la suspensión del proceso ejecutivo seguido en su contra. Y finalmente el juzgado ordenó por segunda vez que se practicara la liquidación adicional pero en UVR.

Aproximadamente dos años más tarde se practicó la diligencia de remate de los bienes embargados y secuestrados, los cuales fueron adjudicados a un tercero, motivo por el cual el juzgado, después de aprobar la diligencia, decretó la cancelación del embargo, el secuestro y la hipoteca sobre los bienes. La demandante repuso y apeló esta decisión, la cual fue confirmada por el tribunal. Ese mismo año, el extremo activo de *la Litis* solicitó que se declarara la nulidad del proceso ejecutivo y el levantamiento de las medidas cautelares con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. El juzgado rechazó el incidente de nulidad por

improcedencia, decisión frente a la cual la ciudadana interpuso recurso de apelación y el tribunal confirmó.

Por lo anterior, la demandante interpuso acción de tutela ante la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia contra el Juzgado y el Tribunal, para obtener la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, defensa, igualdad y vivienda digna, violados porque las accionadas desconocieron las normas que regular el otorgamiento de créditos y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

La aludida protección fue negada y esa decisión fue confirmada por la Sala de Casación Laboral de la misma Corporación. Sin embargo, el fallo fue seleccionado para revisión por la Corte Constitucional, quien por medio de la Sentencia T-591 de 2006 revocó la decisión, decretó la nulidad del proceso ejecutivo a partir de la actuación siguiente a la reliquidación del crédito y ordenó que el proceso fuera terminado y archivado.

Finalmente, el Consejo de Estado determinó que se comprometió la responsabilidad del Estado por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia —y no por error judicial— que desencadenó en que los bienes inmuebles de propiedad de la señora fueran rematados y adjudicados a un tercero, puesto que a pesar de que el juzgado, en cumplimiento de la Sentencia T-591 de 2006 dispuso que la entidad financiera restituyera la suma pagada por el adjudicatario del remate y que devolviera los bienes a la Señora, esto último aún no ocurrió.

En efecto, los bienes jurídicamente volvieron a manos de la señora, como consta en el certificado de tradición, pero no fueron entregados materialmente. De esta forma, la parte actora acreditó los elementos que configuran la responsabilidad, mientras que el extremo pasivo del proceso no demostró ninguna causal de exoneración como fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero, o culpa exclusiva y determinante de la víctima.

La Sala solo procedió a indemnizar el daño moral sufrido con 50 SMMLV por considerar que fue el único perjuicio probado dentro de proceso. No se reconoció la existencia de perjuicios materiales porque a pesar de haber allegado al proceso un contrato de arrendamiento de vivienda no se acreditó el pago del canon. Tampoco se reconoció la indemnización por el daño a bienes constitucionalmente protegidos, porque no se demostró cómo fueron sufridos por a la actora.

3.5.1.1.8. Expediente 37.989 (2016)

Se adelantó investigación penal en contra del conductor de un bus, quien atropelló a una moto causando la muerte y lesiones personales a las personas que se movilizaban en ella. La investigación precluyó, decisión que fue confirmada en segunda instancia. Los demandantes alegaron la impunidad causada por la preclusión en sede administrativa (Expediente 37.989, 2016).

El máximo órgano de lo contencioso administrativo estimó que la providencia cuestionada no es contraria a derecho, pues se logró establecer que el accidente de tránsito se produjo por la imprudencia de la víctima al manejar la motocicleta en la que se movilizaba. A esta conclusión se llegó analizando la totalidad de las pruebas y dando correcta aplicación al artículo 36 del Decreto 2700 de 1991, Código de procedimiento Penal vigente para la fecha en la que se profirió la providencia cuestionada.

A lo anterior se agregó que cuando se da por terminada determinada actuación porque no hay mérito para continuar con la investigación penal, de acuerdo con las formas de terminación de las actuaciones previstas en la ley, la Fiscalía no incumple con su deber de investigar y acusar a los presuntos infractores de la ley penal contenida en el artículo 250 de la Constitución. “De ahí que no todo sindicado deba resultar procesado, ni todo procesado condenado, dado que la ley procedimental prevé circunstancia en las cuales no puede proseguirse con la actuación”.

3.5.2. Privación injusta de la libertad

La privación injusta de la libertad es uno de los principales motivos por los cuales se demanda al Estado en reparación directa¹⁵⁵. Dentro de este mar de pronunciamientos, se resalta el Expediente 25.022 (2013), por ser una providencia que recoge la postura vigente sobre responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad.

En primer lugar, en la mencionada sentencia se establece que el daño antijurídico radica en que el ordenamiento no obliga a los ciudadanos a soportar la lesión a sus derechos e intereses legítimos durante el cumplimiento de una medida de aseguramiento impuesta dentro de un proceso penal que termina con sentencia absolutoria. De esta forma, el daño se prueba acreditando solo dos elementos, la privación de la libertad y la sentencia absolutoria.

¹⁵⁵ Ver Expediente 38.044 (2016), Expediente 40.209 (2016), Expediente 39.818 (2016), Expediente 27.798 (2016), Expediente 39.580 (2016), Expediente 41.147 (2016), Expediente 39.694 (2016), Expediente 39.694 (2016) y Expediente 41.135 (2016)

Por su parte, la imputación de ese daño a la administración se realiza partiendo de consideraciones sobre el derecho a la libertad personal (artículo 28 de la Constitución Política), el cual tiene una connotación física y una jurídica, consistente en la existencia de los medios para garantizarla es la división de poderes, confiándole al juez la motivación de las decisiones, de tal forma que cuando esta falta el Estado se hace responsable.

En este sentido “la privación de la libertad debe ser justa y adecuada, esto es, cumplir los requisitos que se desprenden directamente de la norma constitucional, pues, de no hacerlo, se vulnera el derecho fundamental a la libertad personal” (Expediente 25.022, 2013). En razón de lo anterior, tanto la Corte Constitucional, en Sentencia C-176 (2007), como el Consejo de Estado, en el Expediente 21.369 (2012), han insistido en la necesidad de que toda privación injusta de la libertad esté precedida de orden judicial proferida por autoridad competente, excepto en los casos de flagrancia, excluyendo la posibilidad de que se practiquen las denominadas detenciones administrativas, las cuales quedaron prohibidas a partir de la Sentencia C-024 de 1994.

En caso de que los sucesos hayan acontecido antes de la mentada sentencia y en consecuencia, existía la posibilidad de que las autoridades administrativas aprehendieran a las personas, se debe analizar si estas autoridades actuaron dentro de los parámetros legales y constitucionales, estableciendo la necesidad, la proporcionalidad y la objetividad de la medida. Mientras que la responsabilidad de la fiscalía es objetiva, conforme con los tres supuestos vigentes para el momento de los hechos, esto es, el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991 (CPP).

Es importante destacar que la Corporación tuvo la oportunidad de señalar que a pesar de que dicha norma fue derogada, en virtud del principio *iura novit curia*, por vía jurisprudencial se mantiene la regla de que bajo los tres supuestos allí contenidos la responsabilidad es objetiva¹⁵⁶.

De manera tal que si la absolución se produce porque el hecho no existió, o porque el sindicado no lo cometió, o porque la conducta no era punible, el régimen aplicable es el objetivo,

¹⁵⁶ Es importante precisar que las hipótesis establecidas en el artículo 414 del C.P.P. de 1991 (Decreto Ley 2700), al margen de la derogatoria de la disposición, han continuado rigiéndose por vía jurisprudencial en una perspectiva objetiva de responsabilidad. En consecuencia, el régimen aplicable para definir si la privación de la libertad fue injusta en estos tres supuestos, es el objetivo, inclusive con posterioridad a la ley 270 de 1996, en los términos precisados por las sub reglas de la Corporación.

En consecuencia, la Sala no avala una aplicación ultractiva del citado precepto legal (art. 414) que se encuentra derogado, sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo” (Expediente 25.022, 2013). Ver Expediente 13.168 (2006), citado por Expediente 25.022 (2013).

mientras que si la libertad es concedida por cualquier otra razón, el estudio del caso se enmarca dentro del régimen subjetivo. A los tres supuestos de responsabilidad objetiva se le agregó la absolución por *in dubio pro reo* por medio de la Sentencia de Unificación 23.354 (2013)

De otro lado, la Sala plena, en el caso reseñado, unificó la jurisprudencia respecto al reconocimiento y a la tasación de los perjuicios morales ocasionados por la privación injusta de la libertad, a partir de una fórmula objetiva. De esta forma, estableció la presunción sobre la angustia y la aflicción de las personas que estuvieron privadas de la libertad y la de sus seres queridos más cercanos, como los padres, los hijos y el cónyuge o compañero(a) permanente. Además,

“la Sala, para efectos de determinar el monto de los perjuicios morales en los eventos de privación injusta de la libertad, estima necesario tener en cuenta, tal como lo ha hecho de manera reiterada e invariable, algunos de los presupuestos o criterios que sirven de referente objetivo a la determinación de su arbitrio, con el fin de eliminar al máximo apreciaciones eminentemente subjetivas y garantizar así, de manera efectiva, el Principio Constitucional y a la vez Derecho Fundamental a la igualdad (artículos 13 y 209 C.P.), propósito para cuya consecución se han utilizado, entre otros: i) el tiempo durante el cual se extendió la privación de la libertad; ii) las condiciones en las cuales se hizo efectiva la privación de la libertad, esto es, si se cumplió a través de reclusión en centro carcelario o detención domiciliaria; iii) la gravedad del delito por el cual fue investigado y/o acusado el sindicado; iv) la posición y prestigio social de quien fue privado de la libertad” (Expediente 25.022, 2013).

Adicionalmente, la Corporación indicó, en Expediente 39.684 (2016), que a pesar de que el caso se encuentre dentro de alguna de las situaciones de responsabilidad objetiva, el título de imputación aplicable será el de la falla en el servicio si la medida de aseguramiento fue dictada con ausencia de una prueba sólida

En cuanto a la posibilidad de que la administración se exonere por culpa exclusiva de la víctima, aun cuando exista un daño antijurídico imputable a la administración en los términos señalados, en el Expediente 37.088 (2016) se aseveró que de acuerdo del artículo 70 de la Ley 270, ello puede ocurrir cuando el procesado haya violado una norma positiva a pesar de que su conducta no sea típica, antijurídica y culpable.

CUARTO CAPÍTULO.
DESAFÍOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LAS ACTUACIONES
JUDICIALES

Allá donde el Estado actúe, se podrá comprometer su responsabilidad; pero también allá donde no actué. La tendencia expansiva de la responsabilidad del Estado es ciertamente el resultado de una política jurisprudencial en beneficio de las víctimas, pero también es la consecuencia de una presencia cada vez mayor de aquel a nivel social de nuevas formas de actuación pública, de nuevos instrumentos para dañar. El campo de la responsabilidad acompaña la actividad pública y esto significa que el Estado de derecho sigue también la cambiante y multiforme actividad pública; incluso en aspectos en los que la actividad no ha sido regulada por las normas, el Estado de derecho se pondrá en práctica mediante la responsabilidad” (Ospina Garzón, 2015, pág. 18).

Los tres primeros capítulos, además de aportar el marco teórico dentro del cual se enmarca esta investigación, son en sí mismos un aporte al conocimiento. El primero por exponer un tema poco usual en la doctrina, como es el de la filosofía de la responsabilidad, el segundo por problematizar en diversos aspectos relativos a la identidad contemporánea del juez y el tercero por efectuar una actualización de las reglas jurisprudenciales de la Sección Tercera del Consejo de Estado sobre responsabilidad extracontractual. Sin embargo, este cuarto capítulo constituye el análisis del trabajo de investigación. En él se interrelacionan los acápites anteriores y se presentan las discusiones teóricas más relevantes sobre la responsabilidad del Estado juez en torno al derecho a la indemnidad de los ciudadanos.

En un primer momento, teniendo como marco general los fundamentos filosóficos de la responsabilidad expuestos en el primer capítulo, se analizará cuál es el sustento teórico de los principales elementos que la componen conforme con las reglas jurisprudenciales vigentes reseñados en el tercer capítulo, dentro de los cuales se encuentran las nociones de responsabilidad, daño, falla, responsabilidad subjetiva y objetiva, imputación, etc.

En un segundo estadio, uniendo lo expuesto en el primer capítulo sobre los fundamentos jurídico políticos de la responsabilidad y la disertación contenida en el segundo capítulo sobre el lugar que hoy ocupa el juez en la estructura del Estado, se buscará responder a la pregunta de por

qué es importante que el Estado responda por las actuaciones del juez que causen daños antijurídicos y cuáles son las principales barreras que deben ser removidas para cumplir con este propósito, incluyendo aspectos como la intangibilidad de la cosa juzgada, la independencia judicial y la responsabilidad de los órganos de cierre de la jurisdicción.

Una vez agotado este análisis, vendrá una tercera parte propositiva sobre la posibilidad de abrir nuevos escenarios de responsabilidad por las actuaciones jurisdiccionales, para lograr un adecuado entendimiento y expansión de la responsabilidad del Estado por las actuaciones jurisdiccionales, más acorde con los principios de justicia que sostienen esta institución y con el paradigma contemporáneo de juez. Los dos escenarios elegidos para tal reflexión son la responsabilidad por laudos arbitrales y por los cambios de línea jurisprudencia.

El objetivo es abordar algunos de los desafíos que deben ser afrontados para lograr la superación de las tensiones entre el derecho a la indemnidad de las víctimas, la intangibilidad de la cosa juzgada y la independencia judicial, así como para el reconocimiento de la responsabilidad del Estado por las actuaciones de las altas cortes.

De esta manera quedarán exteriorizadas las limitaciones de los mal llamados títulos tradicionales de responsabilidad por las actuaciones judiciales, para adecuarse al paradigma actual de Estado y para satisfacer los postulados filosóficos, políticos y jurídicos que deberían regir la institución, así como la relevancia de plantear nuevos posibles escenarios de responsabilidad.

1. ¿Cuál es la perspectiva filosófica que subyace al desarrollo jurisprudencial de la responsabilidad del Estado?

La responsabilidad extracontractual en Colombia es muy amplia, e incluso, si nos situamos en la responsabilidad en el ámbito público, encuentra un lugar en casi todos los aspectos sustanciales y procesales del ordenamiento jurídico. Con seguridad, temas como el aseguramiento, los fondos comunes, la subrogación, las acciones de grupo, etc., entremezclan distintas teorías filosóficas sobre la justicia, sin embargo, teniendo en cuenta que el estudio de la responsabilidad estatal en esta investigación se delimitó a la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado y algunos elementos legislativos y convencionales al respecto, únicamente nos referiremos a lo que a ello concierne.

Nos concentraremos en desentrañar las teorías que subyacen a las reglas jurisprudenciales sobre la responsabilidad por las actuaciones de la administración pública para luego señalar la falta de unidad teórica cuando se trata de responsabilizar al Estado por las actuaciones jurisdiccionales.

Para descubrir los fundamentos filosóficos que consciente o inconscientemente se encuentran en la base del desarrollo de la responsabilidad estatal en nuestro medio, dentro del gran ramillete de teorías filosóficas existentes, según su clasificación, se considera que lo más apropiado es echar mano de una teoría que sea descriptiva, conceptual, normativista e instrumental, puesto que la pretensión, como se dejó enunciado desde el primer capítulo, es describir un sistema jurídico determinado a través de sus conceptos positivizados.

La justificación de estas elecciones también radica en que la responsabilidad del Estado no ha sido considerada como un fin en sí mismo, sino que ha sido instaurada y desarrollada para alcanzar un propósito social e incluso político —indemnizar a quienes sufren daños antijurídicos y limitar el ejercicio del poder—, razón por la cual las teorías que logran explicarlo deben ser instrumentales, más aun si lo que se busca es hacer efectiva la justicia, la solidaridad, la igualdad, la integridad del patrimonio privado, los derechos adquiridos, el derecho a la reparación y el control al ejercicio del poder público por parte de los jueces.

A lo anterior se añade que se mezclarán los enfoques filosófico y sistemático para lograr una organización justa de acuerdo con los valores políticos de nuestro sistema, pero teniendo como base una visión normativista que establezca cómo opera en la realidad.

Nos centraremos en las dos grandes aproximaciones teóricas que fueron ampliamente desarrolladas con antelación, las cuales son el análisis económico del derecho y las teorías morales o basadas en la justicia.

Para empezar, el valor de la eficiencia, propio de las teorías económicas del derecho, se ve reflejado en los llamados de atención que ha hecho la jurisprudencia administrativa, incitando a que las autoridades públicas tomen los correctivos necesarios para que se disminuya la causación de daños antijurídicos por falla en el servicio. Además, las teorías económicas del derecho son aplicadas en la noción de rompimiento de las cargas públicas, porque se admite la existencia de un perjuicio individualizable, siempre y cuando el beneficio para la sociedad sea superior.

De otra parte, las teorías económicas del derecho se reflejan en la preocupación de la doctrina por las finanzas públicas, en atención a las importantes condenas contra el Estado proferidas por el Consejo de Estado¹⁵⁷, aunado a la crítica generalizada sobre la poca efectividad de la acción de repetición para recuperar lo pagado por el Estado en los casos de dolo o culpa grave del funcionario público¹⁵⁸, sin embargo, se ha reconocido que la función de la jurisprudencia no es limitar la responsabilidad, sino efectivizar los derechos de los ciudadanos y que la forma más contundente de limitar las condenas es a través de la prevención del daño antijurídico¹⁵⁹.

Por eso, a pesar de que se reconoce que la maximización de los recursos públicos y su no desperdicio es un tema importante en el Estado social de derecho, que incluso fue constitucionalizado a través del principio de sostenibilidad fiscal introducido por el Acto legislativo 03 de 2011, el cual nos sugiere que la eficiencia es un valor importante en nuestra organización y que debe buscarse el mejor rendimiento de los recursos público que no son ilimitados, lo cierto es que el motor de la responsabilidad del Estado no es dicha eficiencia, sino que una vez causado el daño, por más costosa que resulte su reparación, debe ser indemnizado, pues ningún ciudadano puede ser visto como un medio para lograr ninguna clase de fin del Estado, porque la existencia de esta organización se basa justamente en la dignidad humana.

¹⁵⁷ En un país donde hay más de 6 millones de víctimas de graves y masivas violaciones a derechos humanos, es posible que la responsabilidad civil se desborde si busca una reparación integral para todas ellas, pues se pregunta hasta dónde la sociedad podría asumir los costos. Al respecto, en derecho internacional existe un principio proveniente del Tratado de Versalles, según el cual en caso de guerra se puede exceptuar la integralidad de la reparación de cada caso específico (Henoa, 2015).

“La sostenibilidad fiscal es un instrumento para alcanzar de manera progresiva las finalidades del Estado social y democrático de derecho. Esto es de una importancia capital pues vincula la sostenibilidad fiscal con los fines esenciales del Estado y, en suma, con la cláusula del Estado social y democrático de derecho. Quiere esto decir que ‘en caso de conflicto entre la aplicación del criterio de sostenibilidad fiscal y la consecución de los fines estatales prioritarios, propios del gasto público social, deberán preferirse, en cualquier circunstancia, los segundos’ (Peláez Gutiérrez, 2015, pág. 826).

¹⁵⁸ “Juan Carlos Peláez nos recuerda que una manera constitucional de proteger el patrimonio público es por medio de un uso adecuado de la acción de repetición contra los funcionarios que por su actuación dolosa o gravemente culposa condujeron a que el Estado fuera declarado responsable” (Ospina Garzón, 2015, pág. 24).

¹⁵⁹ “Si la función propia de la jurisprudencia no es limitar las condenas en responsabilidad, las cláusulas de exoneración y las renunciar son ineficaces y la intervención del legislador está bastante restringida por normas internacionales, el instrumento más adecuado para limitar la responsabilidad es la prevención de la realización de daños antijurídicos (...). En otras palabras: es preferible tratar de limitar los daños a limitar las condenas” (Ospina Garzón, 2015, págs. 23-24).

Del artículo 90, se ha ignorado su dimensión preventiva y la importancia de esta última para garantizar la sostenibilidad financiera del Estado (Peláez Gutiérrez, 2015, pág. 812).

Ahora bien ahondaremos en la aplicabilidad de las teorías morales de la responsabilidad civil en el ordenamiento jurídico colombiano, partiendo de que estas se centran en la equidad, en los derechos y en las razones relativas al agente, es decir, en por qué el Estado es el sujeto a quien le es exigible el deber de reparar en el marco de sus relaciones con los ciudadanos.

Partiendo de la concepción clásica aristotélica de la justicia, se observa que las sentencias del Consejo de Estado mezclan aspectos de justicia distributiva y conmutativa. Por su parte, la justicia distributiva ha servido de fundamento de la responsabilidad en los casos en los que se apela al principio de la solidaridad, cuando al Estado se le impone la obligación de reparar los daños causados por terceros, con fundamento en su posición de garante de derechos en la redistribución de los daños sufridos por las personas que se han visto afectadas de una forma particular por un fenómeno de envergadura social, como sucede con los atentados terroristas en el marco del conflicto armado interno, o con los desastres naturales.

Lo anterior a pesar de que la justicia distributiva se relaciona con ámbitos como las políticas macroeconómicas, la distribución de recursos, la lucha contra la pobreza, la garantía de la igualdad de oportunidades o la igualdad de resultados, mientras que en la responsabilidad se trata de restituir una condición que teóricamente supone la igualdad y que se vio afectada por el rompimiento de la equidad en las cargas públicas como parte de la justicia correctiva.

Sin embargo, el derecho a la indemnidad de los ciudadanos combina elementos tanto de justicia distributiva como de justicia correctiva, porque supone la repartición de un derecho primario a no ser dañado y uno secundario a ser reparado integralmente en caso de ser dañado, se soporta en la infracción al sistema de límites recíprocos a la libertad, busca el restablecimiento de la situación inicial, se centra en las víctimas, entiende que el patrimonio trasciende los derechos netamente patrimoniales; hace surgir obligaciones compensatorias y no punitivas, y requiere una reflexión sobre la estructura orgánica del Estado.

A su turno, la justicia correctiva ocupa un lugar central en el ámbito de la responsabilidad extracontractual porque uno de sus principales objetivos es la rectificación de los injustos, aunque no tanto en las transacciones, como si en las formas de interacción no consensuadas que ocasionan daños.

Sin embargo, es relevante resaltar que los dos tipos de justicia descritos son importantes, pues la noción de daño antijurídico como fuente de la responsabilidad, según el artículo 90 de la Constitución, se erige sobre el principio de la igualdad en las cargas públicas, que implica el restablecimiento del equilibrio resquebrajado a través de un juicio imparcial.

En cuanto a la posibilidad de que las vertientes modernas y contemporáneas de la justicia logren explicar los daños imputados al Estado, se proponen las siguientes consideraciones, ubicándose primero en las teorías y posteriormente en los elementos jurisprudenciales de la responsabilidad.

En primer lugar, la propuesta del principio de la reciprocidad de George P. Fletcher, se encarna en los daños imputados al Estado por el título de riesgo excepcional por la imposición de “un riesgo que excede el nivel esperado por la víctima”, principalmente cuando se trata de actividades peligrosas como la conducción eléctrica o de la responsabilidad por los daños sufridos por los soldados voluntarios.

Sin embargo, a diferencia de la propuesta original de Fletcher que ubica las actividades peligrosas dentro de la responsabilidad objetiva y el sometimiento a riesgos excepcionales dentro del régimen subjetivo, el Consejo de Estado ha determinado que los dos escenarios mencionados son objetivos.

En segundo lugar, la concepción libertaria de Richard A Epstein, a pesar de que según la visión de Fabra Zamora (2008) se ubica exclusivamente en el ámbito de la responsabilidad objetiva, en realidad es una teoría que logra justificar de forma general la obligación de reparar, con independencia del régimen aplicable, así como la noción de daño antijurídico, porque según esta teoría, *la responsabilidad se centra en la infracción del derecho y no en la actuación dolosa, culposa, o inocente del dañador, es decir, que debe indemnizar a su víctima todo aquel que cause un daño, pues ella no está en la obligación de soportar o subsidiar ese perjuicio.*

Por su parte, la concepción anuladora de Jules L. Coleman se asimila al título de daño especial, porque en este caso se determina que existió un sacrificio particular en pro de un beneficio general; explica la diferencia en los regímenes objetivo y subjetivo; y se asemeja a la imputación del daño por riesgo excepcional, debido a que en la mayoría de estos casos la administración

ejecuta actividades riesgosas para cumplir con sus funciones o cometidos, pero en ocasiones los riesgos se concretan deviniendo en perjuicios ilícitos.

Por demás, bajo el régimen de falla en el servicio, el perjuicio no conlleva un beneficio correlativo, puesto que ninguna actuación realizada por el Estado infringiendo el marco jurídico, vulnerando los derechos, o incumpliendo con sus obligaciones trae un beneficio para el Estado, sino todo lo contrario. Por ello nos encontraríamos en una relación de perjuicio – perjuicio que no se acoplaría en la doctrina de este autor.

Nuestra realidad jurídica tampoco lograría encajar en la concepción mixta de Coleman, a pesar de lo cual es interesante la idea de aplicar la teoría distributiva en los casos en los que exista un significativo desbalance inicial en la distribución, siendo insuficiente la aplicación de la justicia para garantizar los derechos de la víctima, que es la propuesta de reparaciones transformadoras de Rodrigo Uprimny y María Paula Saffon¹⁶⁰, recogida en el artículo 25 de la Ley 1148, en el artículo 5° del Decreto 4800 de 2011 y en el caso Stein Uribe resuelto por la Corte IDH¹⁶¹.

Sin embargo, esta forma de reparación rompe con el principio de igualdad porque otras personas en situación de vulnerabilidad no verían mejorada su situación si no son víctimas, además implica aceptar abiertamente la intromisión del juez en las políticas públicas, la cual no debería dejar de ser una facultad para convertirse en un deber, y no es conveniente porque crea un populismo jurídico en el que las altas cortes determinan el futuro económico del país, rompe las bases de la responsabilidad civil y desborda los límites de la reparación integral (Henao, 2015).

Los derechos y deberes de indemnidad de Diego M. Papayanis excluyen la posibilidad de que el Estado responda por los daños ocasionados por terceros, por no ser el agente dañador, pero dejan abierta la posibilidad de que el Estado asuma ciertas responsabilidades a título de solidaridad, como en el caso de los desastres naturales. Además, su planteamiento sobre los derechos de

¹⁶⁰ “[E]xponen los citados autores que, mientras la restitución tiene el objetivo de ‘devolver a las víctimas a la situación en la que estaban con anterioridad a los crímenes y borrar hasta donde sea posible los efectos de tales crímenes, en el segundo caso el objetivo es ir más allá de una mera restitución, buscando transformar las relaciones de subordinación y exclusión social que se encuentran en el origen del conflicto que busca ser superado y que en todo caso aparecen inicuas desde una perspectiva de justicia distributiva” (Henao, Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado, 2015, pág. 110).

¹⁶¹ Ver Henao 2015

indemnidad como garantía de las libertades individuales es compatible con nuestro sistema, a pesar de que este autor consideraría que nuestro sistema no es lo suficientemente liberal.

De otra parte, la responsabilidad por los resultados de Anthony Honoré y Stephen R. Perry, a pesar de que se basa en la libertad negocial propia del ámbito privado, explica muy bien la dimensión disuasiva del régimen de la falla en el servicio, especialmente cuando este se elige por encima del régimen objetivo a pesar del estudio de situaciones que normalmente encajan en este último, con el propósito de reprocharle a la administración la conducta llevada a cabo y persuadirla de no ejecutarla de nuevo.

Además, la institución de la responsabilidad contribuye a *definir y dotar de contenido los derechos de las personas, protegiéndolas y creando mecanismos para asegurarles una indemnización en caso de que sus derechos sean vulnerados*. Otro interesante aspecto de esta teoría es el intento por concatenar la justicia correctiva con la justicia distributiva, la responsabilidad por los resultados y la justicia retributiva.

Sin embargo, estos autores no concordarían con la idea de que el Estado sea un centro de imputación jurídica y propenderían a que solamente se pueda dirigir la reclamación contra el agente en los casos en los que la falla sea anónima.

La teoría contractualista de Arthur Ripstein, a pesar de que se enmarca únicamente en el ámbito de la responsabilidad civil privada, en donde surgen las relaciones fundamentadas principalmente en la libertad individual, proporciona una sólida base al respeto que la administración le debe a los ciudadanos en sus relaciones como sujetos, reconociéndoles su dignidad e impidiendo su instrumentalización.

En conclusión, no existe una teoría de la justicia única que logre explicar en su totalidad nuestro sistema de responsabilidad extracontractual, sino que es necesario eclecticizar algunos aspectos provenientes de distintas concepciones.

Entonces, si se miran los elementos de la responsabilidad en nuestro sistema, se evidencia que solo algunos de ellos se explican parcialmente con las teorías contemporáneas de las justicias encontradas y desarrolladas en el primer acápite.

Por ejemplo, el deber de indemnizar podría encontrar eco en la concepción libertaria y en la teoría contractualista, a pesar de que estas dos teorías conciben a la víctima y al dañador como sujetos en pie de igualdad, lo que no sucede en las relaciones entre Estado y ciudadano. Igualmente, el derecho de la víctima a ser reparado podría respaldarse en la teoría de los derechos y deberes de indemnidad, puesto que cuando una persona sufre un daño antijurídico se produce una interferencia indebida en el desarrollo de su vida.

En cuanto al régimen subjetivo de responsabilidad, la responsabilidad por los resultados tiene la capacidad de explicar su dimensión persuasiva. Ubicándonos en el régimen objetivo de responsabilidad, el título de riesgo excepcional tiene algún respaldo en el principio de reciprocidad y en la concepción anuladora. A su vez, esta última se relaciona también con el título de daño especial. Finalmente, algunos casos amparados bajo la imputación de responsabilidad al Estado por solidaridad harían eco en los derechos y deberes de indemnidad.

La diferenciación entre la responsabilidad subjetiva y la objetiva encuentra su sustento más cercano en la teoría anuladora de Coleman, cuando expone que la responsabilidad objetiva se refiere a deberes absolutos de no causar daño, mientras que la responsabilidad subjetiva se funda en los deberes relativos de no causar daño mediante negligencia o imprudencia

Por su parte, la noción de daño antijurídico más similar a la que aparece en la Constitución Política es la representada por la concepción libertaria.

Entonces, de acuerdo con una perspectiva teórica descriptiva, conceptual, normativista e instrumental de las teorías morales de la responsabilidad civil, analizando la jurisprudencia del Consejo de Estado por las actuaciones de la administración pública, se concluye que (i) la noción de daño antijurídico se basa en la idea aristotélica de justicia correctiva y en la concepción libertaria de Epstein; (ii) la obligación de reparar se fundamenta en la visión libertaria de Epstein y en la teoría contractualista de Ripstein; (iii) el derecho a la reparación se fundamenta en los derechos y deberes de indemnidad de Diego Papayanis; (iv) la imputación bajo el título de riesgo excepcional por actividades peligrosas puede ser explicada por el principio de la reciprocidad de Fletcher y en parte por la concepción anuladora de Coleman; (v) la imputación de responsabilidad por daño especial encuentra eco en la concepción anuladora de Coleman, la concepción libertaria de Epstein, la teoría contractualista de Ripstein y las teorías económicas del derecho; (vi) la responsabilidad con fundamento en la solidaridad se justifica por la justicia distributiva, y si es excepcional, puede

ser vista desde la óptica de Papayanis; y (vii) algunos aspectos de la imputación de responsabilidad por falla en el servicio son explicados por la responsabilidad por los resultados de Honoré y por las teorías económicas del derecho.

Ahora bien, la jurisprudencia no ha sido coherente a la hora de responsabilizar al Estado por la actividad judicial.

En primer lugar, a pesar de que según lo explicado, la obligación de no dañar se centre en la infracción de un derecho y no en la actuación del dañador, debido a que la persona dañada no está en la obligación de soportar los perjuicios causados, y en la obligación de no instrumentalizar a las personas, de tal forma que deban compensarse los daños con el propósito de dejar a la víctima en la situación inicial en la que se encontraba, según las concepciones libertarias y contractualistas respectivamente; en el ámbito de la responsabilidad del Estado juez la obligación de reparar tiene una estrecha relación con la licitud de la conducta del agente dañador, además, la estabilidad jurídica ha predominado sobre el restablecimiento de los derechos individuales y las víctimas que no se percaten a tiempo de los errores cometidos por la administración de justicia están en la obligación de soportar los perjuicios que esta les ocasione. Igualmente, en el estadio actual, las víctimas de la administración de justicia no tienen la certeza de tener un derecho de indemnidad.

Existen muy pocos reproches al actuar de la administración bajo el régimen subjetivo y la responsabilidad objetiva definitivamente no ha tenido cabida en este escenario.

Este panorama pone de manifiesto que cuando la injusticia es causada por el ente que en principio se encarga de hacer justicia, no es fácil dotar de coherencia la responsabilidad estatal según las concepciones de la justicia adoptadas por el ordenamiento jurídico,.

2. ¿Por qué es importante que el Estado responda por las actuaciones del juez que ocasionen daños antijurídicos a los particulares? ¿Cuáles son las dificultades para hacer efectiva esta responsabilidad?

2.1. Responsabilidad del Estado e identidad del juez en el Estado contemporáneo

La necesidad de que el Estado de derecho persiga la cambiante y multiforme actividad pública valiéndose de la responsabilidad frente a los ciudadanos se hace visible en el modelo de Estado contemporáneo, con la nueva e importante identidad del juez.

A la luz de los contenidos esenciales del Estado relativos a la responsabilidad del Estado, es importante que todos los conflictos jurídicos se sometan al control jurisdiccional, incluso aquellos ocasionados por el ejercicio de dicho control jurisdiccional. Sin embargo, para lograrlo es difícil encontrar soluciones que garanticen la imparcialidad, debido a que los jueces son los llamados a realizar el juicio sobre las actuaciones jurisdiccionales.

A pesar de lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución, "los particulares, hasta ahora, se han visto obligados a soportar en su propio patrimonio los perjuicios recibidos por los errores de los jueces y de la administración de justicia" (Bermúdez Muñoz, 1998, pág. XVIII). Por eso,

“mirado desde el punto de vista de los justiciables, podría denominarse de impunidad para los daños causados por los errores judiciales, el artículo 90 de la Constitución Política de 1991 parece constituirse como el punto de partida para una transformación radical en el tratamiento del tema, apuntando precisamente a garantizar a los ciudadanos la indemnización de los perjuicios causados por la administración de justicia" (Bermúdez Muñoz, 1998, pág. XIX)

No obstante, es menester superar estas dificultades para hacer efectiva la justicia en su perspectiva de la tutela judicial efectiva como valor, derecho y concepto estructural y organizacional; para centrar la atención en la víctima y para lograr el restablecimiento del ordenamiento jurídico quebrantado. Al respecto, la creatividad que subyace a la idea de reparación integral, la cual está plenamente respaldada en nuestro ordenamiento, se observa como un avance.

“Desde cuando la actividad administrativa del poder público quedó sometida, vigilada y juzgada por el órgano judicial, surgió la duda sobre si esa autoridad, que controlaba además de las relaciones privadas las estatales, tenía sobre sí algún tipo de control. Si así fuera, quién lo controlaría y sobre cuáles bases, porque no se podría permitir la manipulación del denominado ‘gobierno de los jueces’, planteado en la doctrina (Dueñas Rugnon R. , 2008, pág. 9).

Continúa el mismo autor señalando que “[e]l juez comienza a tener un gran poder, y siente que sus decisiones son trascendentales en la sociedad, por ello debe existir una correlativa responsabilidad por sus actuaciones” (Dueñas Rugnon R. , 2008, pág. 9). En este sentido, “esa nueva posición de mayor activismo judicial conlleva correlativamente una mayor responsabilidad” (Dueñas Rugnon R. , 2008, pág. 44).

A esta postura, que resalta la importancia del control que debería existir sobre los jueces, a de sumarse la aún más trascendental necesidad de garantizar la indemnidad de las víctimas y que se haga justicia en todos los casos en los que se juzgue al Estado por la causación de daños antijurídicos, especialmente si se tiene en cuenta que cuando el juez con sus decisiones transgrede las libertades, contribuye al aumento de la inseguridad jurídica, irrespeta las decisiones tomadas democráticamente, causa injusticias y actúa contra su misión dentro del Estado social de derecho.

2.2. Desafíos en el reconocimiento de la responsabilidad del Estado por las actuaciones de la administración de justicia

A pesar de que la falla no sea el único régimen de responsabilidad vigente y de que el centro de esta institución esté en el daño antijurídico, la mayoría de las controversias que a continuación se desplegarán discurrirán en el plano de la responsabilidad subjetiva, debido a que los desafíos del reconocimiento de la responsabilidad del Estado por las actuaciones de la administración de justicia surgen de la evidencia empírica existente, la cual no ha incursionado en el ámbito de la responsabilidad objetiva en escenarios distintos al de la privación injusta de la libertad.

2.2.1. La intangibilidad de la cosa juzgada

Se interponen algunas dificultades al pleno reconocimiento de la responsabilidad del Estado juez. Uno de ellas, como se enunció al concluir el tercer capítulo, es la tensión entre la intangibilidad de la cosa juzgada y el derecho a la indemnidad de las víctimas.

La cosa juzgada es un efecto de las decisiones judiciales que va más allá de una formalidad porque se relaciona directamente con la razón de ser de la judicatura. Lo que legitima el poder del juez como autoridad pública es justamente su capacidad de decir la última palabra en la controversia de la que conoce, pero como ha quedado demostrado, al resolver los conflictos el juez puede causar daños antijurídicos, como sucede en el ejercicio de cualquiera de las funciones públicas. Entoces, en el otro extremo de la balanza se encuentra el derecho de las víctimas a la indemnidad y sacrificar este derecho en pro de la estabilidad de la cosa juzgada, implicaría el desconocimiento de valores y principios fundamentales del Estado social de derecho como la justicia, la dignidad, la igualdad y la solidaridad.

La doctrina ha buscado solucionar esta disyuntiva de distintas formas. Por ejemplo, Dueñas Rugnon (2008) afirma que “esta institución no afecta la cosa juzgada porque (...) lo que busca esta acción de responsabilidad del Estado es resarcir los perjuicios sufridos por el afectado con la

actuación judicial, sin modificar la providencia que los causó” (Dueñas Rugnon R. , 2008, pág. 10).

Teniendo en cuenta lo dicho por el Consejo de Estado en el Expediente 15.576, 2007, este autor sostiene que

“El principio de seguridad jurídica o certeza jurídica, reflejado en la noción de cosa juzgada, no se opone ni excluye la aplicación integral del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial, toda vez que el propósito de éste no es otro que garantizar la adecuada indemnización y la reparación integral de la víctima, sin que para ello tenga que modificarse la providencia judicial que contiene el error, razón por la cual la fuerza de la cosa juzgada que a la decisión judicial en firme caracteriza, se mantiene incólume y, por tanto, la seguridad jurídica no se sacrifica como consecuencia del reconocimiento de los daños ocasionados a los usuarios de la administración de justicia” (Dueñas Rugnon R. , 2008, pág. 65).

De otro lado, autores como Vedel (1990), Diez (1971) y Marienhoff sostienen que como exigencia de la cosa juzgada, solo debe quedar abierta la posibilidad de la compensación económica cuando la decisión judicial haya sido modificada en virtud de un recurso extraordinario de casación (Dueñas Rugnon R. , 2008, pág. 64).

Otra opinión al respecto es que "si el juez ha de decir la última palabra, y su palabra por esencia es derecho, se sitúa por encima del error, es la expresión anglosajona, el Juez cannot *do wrong*" (Hernández Martín, Azpeitia Gamazo, Villalvilla Muñoz , & González , 1994, pág. 33).

Sin embargo, esta última actitud se critica aduciendo que es necesario reflexionar que "las injusticias peor recibidas por los ciudadanos son aquellas que se cometen precisamente en nombre de la propia justicia" (Bermúdez Muñoz, 1998). Además,

"[e]l sistema judicial es quizá clave del Estado de Derecho, y se cree comúnmente que su salvaguarda implica ponerlo a cubierto de toda crítica jurídica formal. Pero a la larga esta estrategia protectora será inútil, y la oposición nacida del tejido social se expresará por causas distintos de los procesales, si éstos están cerrados" (Hernández Martín, Azpeitia Gamazo, Villalvilla Muñoz , & González , 1994, págs. 37-38).

El objetivo de esta investigación no es proporcionar una respuesta definitiva frente a estos complejos asuntos, pero además de plantear los desafíos existentes, se pretende poner sobre la mesa algunas consideraciones útiles para la resolución de los problemas planteados.

De esta forma, se considera que en el ámbito de la responsabilidad subjetiva el daño es ocasionado por la ilegalidad de la providencia o actuación judicial, por ende la reparación *in natura* consistirá en eliminar la mentada ilegalidad, mientras que en el ámbito de imputación objetiva, es decir, cuando las actuaciones y decisión judiciales son legales o correctamente adoptadas pero a pesar de ello causan daños –escenario que no ha tenido lugar en nuestro ordenamiento hasta este momento— se matiza en gran medida la tensión con la intangibilidad de la cosa juzgada porque para reparar a las víctimas no es necesario modificar la decisión.

En el primero de los supuestos referidos, esto es, el de la responsabilidad por falla, se plantean dos alternativas a esta problemática: (i) conformarse con la idea de que en estos casos la plena reparación que permita dejar a la víctima en el lugar donde se encontraba antes de ser dañada no es posible, y por la salvaguarda de otros objetivos constitucionales, es necesario resignarse a optar por una indemnización sustitutiva o compensatoria; y (ii) otra posibilidad es eliminar la ilegalidad existente derrumbando la cosa juzgada, compensando a la parte cuya pretensión fue amparada en primer lugar, si es el caso.

2.2.2. La independencia judicial

Una segunda dificultad es el respeto por el dogma de la independencia judicial, que implica que la labor del juez debe ser ejercida de forma libre, independiente, razonable, coherente con otras decisiones y compatible con los postulados constitucionales¹⁶², ya que la posibilidad de juzgar sus decisiones cuando éstas están en firme podría implicar una subordinación de la judicatura a quien juzgue la responsabilidad del Estado por sus actuaciones.

Antes de profundizar en los retos de reconocer la responsabilidad del Estado por las actuaciones del juez respetando su autonomía, vale la pena poner de presente algunos problemas que subyacen a la idea misma de autonomía, como por ejemplo (i) la obligatoriedad del precedente y del autoprecedente; (ii) al margen de la parte resolutive de las sentencias, la autoridad que ampara la doctrina de las altas cortes, cargada de subreglas y criterios generales aplicables a otros casos, incluso sin hacer distinciones entre las *ratio decidendi* y las *obiter dicta*; y (iii) la posibilidad de

¹⁶² Ver Expediente 14.399 (1999), citado por Dueñas Rugnon (2008).

interpretar de distintas formas las normas y supuestos de hecho similares en detrimento de la igualdad formal de todos los ciudadanos.

Ahora bien, además del aprieto que entraña determinar cuando un juez creador de derecho actúa en contra del derecho, las preocupaciones que ha manifestado la doctrina entorno a la responsabilidad del Estado juez, son que su reconocimiento opaque la protección institucional de la que es beneficiario el juez como árbitro del sistema democrático y garante de las libertades individuales obteniendo importantes conquistas sociales; y que no es posible distinguir entre los aciertos y errores judiciales porque el juez puede crear y modificar sus opiniones que es indispensable evitar intromisiones indebidas en la labor del juez. Con base en lo anterior se ha propuesto que se instaure la irresponsabilidad personal del juez, en los siguientes términos:

“[E]l Juez puede cambiar de opinión a cada instante, y contradecir su propia resolución dictada en otro caso idéntico, sin equivocarse ni en un asunto ni en el otro. Es más, según la doctrina imperante, dos Jueces pueden apreciar al mismo tiempo que una misma cosa tiene distinto color, tamaño y forma, sin que ninguno de ellos se equivoque. Una especie de infalibilidad personal. Fácilmente se comprende lo ardua que puede ser la identificación de un error judicial, en un ámbito donde casi todo vale como bueno. Es casi imposible distinguir el acierto judicial del error judicial, de la ignorancia judicial o de la prevaricación judicial” (Hernández Martín, Azpeitia Gamazo, Villalvilla Muñoz , & González , 1994, pág. 33).

“El dogma de la independencia judicial justifica la irresponsabilidad personal del juez, pero no, sin más, la del Estado” (Bullinger, 1976, citado por Dueñas Rugnon, 2008, pág. 34).

Esta alternativa fue introducida en nuestro ordenamiento, se trata del establecimiento de la infalibilidad de los magistrados de las altas cortes. El Acto Legislativo 02 de 2015 (“Reforma al equilibrio de poderes”), en su artículo 8° creaba el artículo 178A de la Constitución Política, que preceptuaba que

“los Magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Comisión Nacional Disciplinaria Judicial y el Fiscal General de la Nación serán responsables por cualquier infracción a la ley disciplinaria o penal cometida en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de estas. En todo caso, no podrá exigírseles en ningún tiempo responsabilidad por los votos y opiniones emitidos

en sus providencias judiciales o consultivas, proferidas en ejercicio de su independencia funcional, sin perjuicio de la responsabilidad a la que haya lugar por favorecer indebidamente intereses propios o ajenos”.

En nuestra opinión, esta modificación constitucional reforzaba la idea de que el juez es el sujeto más importante en el Estado social de derecho al establecer para los jueces una regla similar a la de la inviolabilidad del voto parlamentario, siendo una disposición que hubiera impactado positivamente la responsabilidad del Estado por las actuaciones jurisdiccionales como garantía de los particulares que alegan haber sufrido un daño antijurídico, porque habría contribuido a desligar la responsabilidad del Estado de la responsabilidad personal del juez, sin temor a afectar la autonomía judicial.

Sin embargo, esta disposición fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, por medio de la Sentencia C-373 de 2016. Realizado el juicio de sustitución de la Constitución, la Corte identificó que el Congreso había excedido sus límites de competencia como poder constituido para reformar la Constitución. El eje definitorio de la Constitución sustituido fue el régimen de investigación, acusación y juzgamiento de los magistrados de las altas cortes, la separación de poderes y la autonomía e independencia judicial¹⁶³ (Comunicado de prensa Sentencia C-373, 2016).

¹⁶³ La separación de poderes, la cual busca evitar injerencias indebidas en el ejercicio de sus funciones, cuando se trata de la rama judicial se manifiesta en su autonomía e independencia. Por su parte, la autonomía de la rama judicial implica su autogobierno y la independencia “implica el poder de los funcionarios judiciales para administrar justicia con sujeción únicamente al ordenamiento jurídico y a la libre apreciación de las pruebas”, el cual es un fin en sí mismo por ser condición necesaria de la imparcialidad en sus decisiones, más allá del contenido de estas (Comunicado de prensa Sentencia C-373, 2016).

“La única restricción que puede sujetar a las autoridades que administran justicia es el Derecho y la imparcialidad en la apreciación de los hechos”. Esto se refleja en la Cláusula de Estado de Derecho (art. 1° y 6°), el deber de garantizar los derechos de los ciudadanos (art. 2°), el mandato de trato igual (art. 13), el contenido de la función de administrar justicia (art. 116), la garantía de la autonomía de la función judicial (art. 228) y su sometimiento a la ley (art. 230) (Comunicado de prensa Sentencia C-373, 2016).

Además de que las decisiones de las altas cortes estén sometidas únicamente al ordenamiento jurídico, la otra garantía de su independencia son los instrumentos aplicables a los funcionarios en razón de sus tareas de cierre del sistema jurídico, dentro de los cuales se incluyen el régimen de sanciones y los procesos de nombramiento (Comunicado de prensa Sentencia C-373, 2016).

“Se trata de un sistema diseñado para asegurar que la investigación, la acusación y el juzgamiento de los funcionarios judiciales (a) no afecte negativamente el ejercicio imparcial de sus competencias, (b) tome en cuenta su posición en el vértice de una de las ramas del poder público y (c) permita considerar los efectos de la remoción o suspensión desde la perspectiva de la estabilidad del sistema constitucional” (Comunicado de prensa Sentencia C-373, 2016).

El régimen de remoción anticipada, suspensión e imposición de sanciones se compone por elementos sustantivos y por elementos procesales. Los elementos sustantivos consisten en la prohibición de remoción o suspensión por causas

no establecidas en la Constitución, que revistan gravedad desde el punto de vista de las funciones desempeñadas, se encuentran implícitos en los artículos 175, 178 y 233 de la Constitución. Este sistema *numerus clausus* (Comunicado de prensa Sentencia C-373, 2016).

“[I]mplica, entre otras cosas, que los aforados solo pueden ser separados de sus cargos cuando hayan llegado a la edad de retiro forzoso, no observen buena conducta o su rendimiento sea insatisfactorio (art. 233). Dicha disposición, conjuntamente entendida con los artículos 174, 175 y 178, implica que las dos causas –diferentes a la llegada a la edad de retiro forzoso– se configuran cuando es declarada la comisión de delitos o la indignidad por mala conducta. Se eliminaría esta garantía esencial de la independencia judicial si se permite, por ejemplo, que un órgano diferente al constituyente establezca otras causales dado que los funcionarios que integran los órganos judiciales de cierre quedarían, en realidad, sometidos a la voluntad de los otros poderes. Los magistrados de las altas cortes, así como el Fiscal General de la Nación, puede ser también fiscalmente responsables en virtud de lo dispuesto en el artículo 268.5 de la Constitución. En todo caso, y antes de activarse la competencia del Contralor General de la República, debe agotarse el procedimiento previsto en los artículos 174, 175 y 178 (Sentencia SU-431 de 2015)” (Comunicado de prensa Sentencia C-373, 2016).

Respecto a los elementos procesales, que implican “*el agotamiento de un procedimiento complejo en el cual el titular de la acción o de la función de acusación es un órgano legitimado democráticamente de forma directa (arts. 174, 178 y 175)*” (negrita en el texto original) (Comunicado de prensa Sentencia C-373, 2016).

“Este diseño se justifica dado que (i) asegura el ejercicio independiente y por ello imparcial de las funciones constitucionales atribuidas a las altas cortes y al Fiscal General de la Nación, (ii) es consistente con el hecho de que tales órganos constituyen el vértice de una de las ramas del poder público y (iii) permite tomar en cuenta los efectos de la remoción o suspensión a partir de consideraciones de estabilidad institucional o bien común” (Comunicado de prensa Sentencia C-373, 2016).

“En primer lugar, la complejidad del procedimiento previsto en la Constitución, que impide la suspensión y destitución del cargo –o la imposición de otras sanciones– a menos que se produzca un desafuero por órganos de representación política con procesos de deliberación y votación especiales, constituye una salvaguarda fundamental de la independencia (...). En efecto, se trata de órganos que cumplen funciones complejas y decisivas relativas, por ejemplo, al control de la validez constitucional de actos legislativos, leyes y decretos con fuerza de ley (art. 241), al juzgamiento de actuaciones del Gobierno Nacional, a decisiones sobre la pérdida de investidura de los Congresistas (art. 237) o al juzgamiento penal de altos funcionarios (art. 235)” (Comunicado de prensa Sentencia C-373, 2016).

“En segundo lugar, la asignación a un órgano electo popularmente de la titularidad de la acción o función de acusación por causas constitucionales cuando se trate de los magistrados de las altas cortes y del Fiscal General de la Nación, tiene por finalidad proveer de legitimidad democrática directa a la suspensión, remoción o sanción del funcionario que se encuentra en el vértice de la rama judicial” (Comunicado de prensa Sentencia C-373, 2016).

“En tercer lugar, atribuir la función de acusación a órganos democráticamente legitimados cuyas valoraciones se encuentran comprendidas por la inviolabilidad del voto (art. 185) y que deben consultar la justicia y el bien común (art. 133) autoriza tener en cuenta valoraciones que no se agotan en lo estrictamente jurídico, sino también aquellas relativas a la estabilidad institucional, al bien común o a la conveniencia” (Comunicado de prensa Sentencia C-373, 2016).

“El régimen preexistente al Acto legislativo 02 de 2015 tenía la siguiente configuración. Tratándose de delitos cometidos en ejercicio de funciones o de indignidad por mala conducta, la función de investigación y acusación le correspondía a la Cámara de Representantes (artículo 178 numerales 3 y 4), mientras que el juzgamiento era atribuido al Senado de la República (artículo 175 numeral 2 de la Constitución), quien sólo podía disponer la suspensión o destitución, y, en caso de ser aplicable otra pena, a la Corte Suprema de Justicia (art. 235 numeral 2). A su vez, tratándose de delitos comunes, la función de acusación recaía en la Cámara de Representantes (art. 178 numerales 3 y 4), al Senado le correspondía declarar si había o no lugar a seguimiento de causa (art. 175 numeral 3) y, en caso de ser ello así, el juzgamiento lo adelantaba la Corte Suprema de Justicia (art. 235 numeral 2). Adicionalmente, la atribución de responsabilidad fiscal a los funcionarios aforados (art. 268 numeral 5) exige, en la Constitución de 1991, el agotamiento previo de las etapas previstas en los artículos 174, 175 y 178, tal y como lo estableció la sentencia SU-431 de 2015. En razón de las particulares exigencias en la configuración de los órganos que integran la cúpula judicial, el referido sistema de investigación y juzgamiento estaba llamado a operar de manera verdaderamente excepcional,

Sin embargo, la mejor alternativa para salvaguardar la autonomía es emplear los recursos como mecanismos de corrección de las decisiones judiciales, puesto que de esa forma la única jerarquización que se produce es al interior de la propia rama judicial, de tal forma que el autocontrol a través de los recursos sea considerado como el mecanismo por excelencia para corregir los errores cometidos en el curso del proceso o a su terminación, respetando el diseño del sistema. En efecto, los sistemas de recursos y remedios procesales previstos en cada ordenamiento jurídico buscan subsanar los posibles errores judiciales cometidos en un proceso, ya que los jueces, al ser humanos, son falibles (Tapia Fernández, 2013).

Es por eso que no debería ser aceptada la propuesta de eliminar la exigencia de la interposición de los recursos para estudiar la eventual comisión de un error judicial. Es más, el recurso de casación debería ser visto como una demanda por error judicial, puesto que, como ya se ha señalado, la Corte Suprema de Justicia fue instituida como un tribunal de censura con la posibilidad de restituir los derechos vulnerados eliminando del ordenamiento jurídico el acto ilegal.

de modo que solo cuando ocurran graves causas constitucionales que den lugar a indignidad por mala conducta o constituyan delitos, pueden operar los mecanismos orientados a suspender o a retirar de su cargo al fiscal y a los magistrados y a, si es del caso, habilitar el juicio penal ante la Corte Suprema de Justicia”.

(...)

Privar de la función de acusar a órganos elegidos popularmente, con procedimientos de deliberación y votación especiales, constituye una modificación radical del procedimiento de remoción de los magistrados de las altas cortes y del Fiscal General de la Nación. Esta modificación de la titularidad de la acción por causas penales, de indignidad o fiscales, que no es nada diferente a la eliminación del desafuero político, tiene como resultado la eliminación de una garantía institucional que el Constituyente de 1991 consideró central para proteger la independencia judicial. Por esa vía, se acrecientan los riesgos de interferencias indebidas susceptibles de ser canalizadas por conducto de los funcionarios encargados de la acusación y juzgamiento.

(...)

El nuevo régimen en materia de acusación por causas constitucionales reemplaza la fuente de legitimidad prevista para la remoción y sanción de los miembros integrantes de las corporaciones que conforman el vértice del poder judicial, trasladándolo de un órgano electo por el pueblo a un órgano que carece de legitimación democrática directa. La variación radical de tal fundamento supone una alteración profunda del modelo anterior a tal punto que le resulta incompatible. En efecto, los funcionarios que en el vértice representan el poder judicial como órganos de cierre podrían ser ahora removidos por cuerpos no electos. Esta es una cuestión central en el modelo constitucional de 1991.

(...)

Vinculado con lo anterior, el Acto Legislativo 02 de 2015, alterando profundamente el régimen de controles inter-orgánicos establecido en la Constitución de 1991, priva a uno de los poderes de una facultad central en el sistema de separación de poderes, trasladándolo a otro de naturaleza y composición diferente. La intervención de la Corte Suprema de Justicia en el proceso de juzgamiento de aforados constituía, en el régimen anterior, un control intraorgánico precedido de la decisión de acusar por parte del Congreso quien ahora, en lo relativo a la acusación, pierde toda participación” (Comunicado de prensa Sentencia C-373, 2016).

Cosa distinta ocurre con el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, puesto que si la administración falla, como se expuso en el tercer capítulo, es desproporcionado exigirle al administrado que subsane la equivocación o falencia.

Por este motivo, se aplaude la creación de la casación oficiosa y se insiste en la necesidad de democratizar el recurso extraordinario de casación, de tal forma que sea posible demandar ante la Corte Suprema de Justicia todo tipo de sentencias proferidas por los jueces ordinarios para eliminar los defectos que en ella exista, como se desprende de los principios de supremacía constitucional y de legalidad, lo cual se logra al eliminar los filtros que no se relacionen con este aspecto central del recurso, como por ejemplo los relacionados con la cuantía de los negocios.

Adicionalmente, es necesario poner de manifiesto que no siempre se obtiene la indemnización de todos los perjuicios ocasionados por una providencia ilegal que es casada por el máximo tribunal ordinario y que no existe un mecanismo para obtener la indemnización de los perjuicios causados por las decisiones judiciales proferidas por la Corte Suprema de Justicia que causen daños, .

Para llenar el primer vacío, buscando en otros ordenamientos jurídicos compatibles o semejantes al colombiano, se encuentra que por ejemplo en España, cuando se reclama por los perjuicios ocasionados por un error judicial, el accionante debe acudir ante el Tribunal Supremo para que este reconozca el error por medio del recursos de revisión o de la acción para el reconocimiento de error judicial, y una vez declarado este, se reclama la indemnización por vía administrativa, a cuya decisión le caben los recursos contenciosos. Mientras que cuando se trata del funcionamiento anormal de la administración de justicia, la petición debe dirigirse al Ministerio de Justicia y una vez surtido el respectivo procedimiento administrativo el interesado puede hacer uso de los recursos contencioso administrativos (Tapia Fernández, 2013).

Según lo expuesto, es recomendable que la sentencia que desate el recurso extraordinario de casación tenga la potestad de ordenar la indemnización de perjuicios por la lesión del derecho al acceso a la administración de justicia, o que se cree un incidente de reparación de perjuicios que se pueda formular con posterioridad al fallo, o que con base en la sentencia casada se prevea la posibilidad de solicitar la indemnización por vía administrativa.

Si bien la Corte no es un tribunal de instancia y el recurso extraordinario no puede mutar su naturaleza, resulta ser el escenario prodigioso para garantizar la indemnización de los daños

sufridos a través de un incidente o de un trámite preferencial incidental, que evite la engorrosa tarea de acudir a una nueva demanda.

Prosiguiendo con el tema de los recursos como forma de autocorrección, pero ahora en el ámbito de lo contencioso administrativo, una alternativa podría ser revivir el recurso extraordinario de súplica, que permitiera que el Consejo de Estado revisara la legalidad de las sentencias, a pesar de que la Corte Constitucional consideró que es inconstitucional tratar al Consejo de Estado como tribunal de casación. Lo dicho por la Corte Constitucional no parece acertado si se tienen en cuenta que el ordinal 1° del artículo 237 de la Constitución Política, al establecer que el Consejo de Estado es el máximo órgano de lo contencioso administrativo, no excluye esta posibilidad.

En este panorama y ante la insuficiencia del sistema para garantizarle a las víctimas del Estado la reparación de los perjuicios causados por el ejercicio de la función jurisdiccional, la acción de tutela contra providencias cuando se configuran las vías de hecho se ha convertido en el mecanismo ordinario para excluir del ordenamiento las sentencias erróneas, e incluso, se podría afirmar que ha sido más eficaz que la pretensión de reparación directa por error judicial.

Por ejemplo, en sentencia de tutela proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 11 de febrero de 2016 en contra de las sentencias dictadas por la Sala Especial de Decisión No. 13 y la Sección Tercera de la misma Corporación, así como contra una providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se evidenció que ninguna de las mencionadas autoridades judiciales se percató de la existencia de un artículo del Código de Procedimiento Civil que era aplicable al caso, omisión que impidió que unos menores de edad fueran reconocidos como demandantes en un proceso de reparación directa sobre la responsabilidad del Estado por la muerte de sus padres, vulnerando los derechos de los niños, el acceso a la administración de justicia y el debido proceso. Además, se demostró que la Sección Tercera no corrigió el error a pesar de haberse percatado de su existencia, actuando así en contra de los postulados del Estado social de derecho. En consecuencia, la Sección Quinta, actuando como juez de tutela, se vio obligada a corregir la garantía de los derechos fundamentales vulnerados con el defecto sustantivo hallado en la sentencia.

Sin embargo, la alternativa de emplear la acción de tutela como mecanismo principal para corregir los errores judiciales, aunque ha dado frutos significativos respecto a la garantía de la

justicia material, es problemática porque (i) los errores judiciales quedan circunscritos únicamente a la violación de un derecho fundamental, (ii) sólo se controlan las vías de hecho, dejando de lado otro tipo de errores judiciales; (iii) no quedan resarcidos todos los perjuicios ocasionados por la sentencia porque la acción de tutela no tiene una finalidad indemnizatoria; y (iv) la acción de tutela, que se comporta en la práctica como mecanismo judicial de cierre, a su vez, no puede ser controlada.

A continuación realizaremos unas breves consideraciones en torno a los enunciados problemas. Respecto a la limitación de salvaguardar los errores judiciales únicamente a la violación de un derecho fundamental, se evidencia que esta circunstancia no ha operado como una restricción, porque la sola existencia de un error judicial es contraria al derecho al acceso a la administración de justicia, lo cual habilita al juez de tutela para intervenir.

El segundo inconveniente lamentablemente también ha estado presente en la acción de reparación directa por error judicial, puesto que ha sido predominante la postura de que solamente son indemnizables los errores abruptos. Al respecto, Bermúdez Muñoz (1998) planteó la necesidad de dejar a un lado la exigencia de que la conducta del juez sea fraudulenta y que el error sea grotesco, pues la problemática debe abordarse desde la perspectiva del daño antijurídico (Dueñas Rugnon R., 2008).

En cuanto a la naturaleza no indemnizatoria de la acción de tutela, se insiste en que la sola eliminación de la providencia ilegal es un acto reparador. Adicionalmente, es posible que se resarzan algunos perjuicios conforme al artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, que señala que “cuando el afectado no disponga de otro medio judicial y la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria (...), en el fallo que conceda la tutela el juez de oficio, tiene la potestad de ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado”.

Finalmente, la imposibilidad de controlar las actuaciones de la Corte Constitucional, quien es el órgano de cierre en materia de tutela contra providencias judiciales, es un tema que se tratará en breve, sin embargo, vale la pena mencionar que hasta el momento los mecanismos existentes son las solicitudes de nulidad de las partes o del ministerio público y la reciente procedencia de la acción de tutela contra fallos de tutela, que en todo caso, son mecanismos que terminan siendo resueltos por la misma Corporación.

En todo caso, mientras no exista un mecanismo concebido propiamente para reclamar los perjuicios sufridos con ocasión de una sentencia contraria a derecho y no hayan sido resarcidos con su revocatoria, anulación o casación, la pretensión de reparación directa debería servir para tal fin, conforme a lo dispuesto por el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con el cual “en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado”.

2.2.3. La responsabilidad de los órganos de cierre de la jurisdicción

El gran problema es cómo juzgar las sentencias de erradas o que causen daños antijurídicos provenientes de las altas cortes, puesto que a pesar de que los errores cometidos en el proceso deberían ser subsanados a través de los recursos, es posible que la resolución final que adquiere presunción de verdad y firmeza pueda contener errores, frente a los cuales el ordenamiento jurídico debería prever algún recurso extraordinario o una acción resarcitoria de la cosa juzgada (Tapia Fernández, 2013). Es allí donde, como se observa, resurge la tensión entre la cosa juzgada y la justicia material, de la cual brota la disyuntiva entre menguar la estabilidad jurídica o materializar la justicia.

Por su parte, el Consejo de Estado ha optado por la autocorrección introduciendo los criterios de imputación y reparación del daño adoptados en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos a través del ejercicio del control de convencionalidad.

Sin embargo, la única alternativa para controlar a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado, así como a los jueces de menor jerarquía cuyas decisiones son definitivas, es a través de la acción de tutela, por tanto, el problema de responsabilizar al Estado por las actuaciones judiciales, una vez agotados los recursos ordinarios y extraordinarios existentes, se centra en discutir cómo han de ser juzgados los desaciertos del tribunal constitucional.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que la misma Corte Constitucional ha admitido la posibilidad de que sean revisadas sus decisiones. Así, en un primer momento¹⁶⁴ consideró inadmisibles la revisión de una sentencia de tutela, porque reabrir un debate concluido atentaría contra la cosa juzgada, sin embargo, en el año 2014¹⁶⁵ el alto tribunal modificó su postura y adujo

¹⁶⁴ Ver Sentencia T-107 (2007).

¹⁶⁵ Ver Sentencia T-272 (2014).

que “la prohibición de acción de tutela contra tutela no impide que bajo ciertas y especialísimas circunstancias la Corte precise, module e interprete el alcance de otras decisiones de tutela que lleguen a su conocimiento en desarrollo de su función de revisión” (Sentencia T-272, 2014).

La admisión de la ‘tutela contra tutela’ y el desconocimiento por parte de otras altas cortes de algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional, pone de manifiesto que cualquier juez de la República puede errar, sin importar su importancia jerárquica. Sin embargo, además de las propuestas de Gargarella (2012) sobre las técnicas de reenvío y otros mecanismos, expuestas en el segundo capítulo, este no es el escenario para solucionar el problema orgánico del control sobre los tribunales constitucionales.

Esta problemática es reseñada únicamente para llamar la atención sobre la necesidad de que todos los perjuicios sufridos por los particulares a causa de la actividad estatal, con independencia de la autoridad de que se trate, sean plenamente resarcidos, así como la importancia de idear formas creativas de resarcir los perjuicios causados por los órganos de cierre de la jurisdicción. Por ejemplo, en caso de que el error consista en la declaratoria de inexecutable de una norma, habría que determinar cómo indemnizar un daño que recae sobre la sociedad.

Por último, nos preguntamos si todas las sentencias proferidas por la Corte Constitucional deberían tener el mismo tratamiento respecto a su potencialidad para comprometer la responsabilidad del Estado, o si es necesario establecer caminos distintos de acuerdo con la función que se ejerza a través de la sentencia. Con esto nos referimos a la posibilidad de juzgar las sentencias no como si fueran actuaciones judiciales, sino de otra naturaleza cuando lo que en ellas se dispone es propio del ejercicio de las funciones administrativas o legislativas del poder público.

Por ejemplo, en los casos en los que se crea una política pública, o se ordena la construcción de un edificio, o la disposición de un determinado monto de dinero para un fin en particular, se cuestiona si ello debería ser controlado bajo el régimen de responsabilidad de la administración pública, o por estar contenido en una sentencia debería adscribirse el régimen propio de la responsabilidad del Estado por el ejercicio de la función jurisdiccional.

3. ¿Existen escenarios de responsabilidad del Estado juez distintos al error judicial, el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y la privación injusta de la libertad?

Contrario a lo tradicionalmente sostenido, consideramos que el error judicial, el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y la privación injusta de la libertad no son títulos de imputación de responsabilidad al Estado, sino situaciones típicas de responsabilidad en el ejercicio de la función jurisdiccional, puesto que las dos primeras hacen parte del régimen de responsabilidad por falla, por cuanto para que se configure la responsabilidad es necesario probar que los operadores judiciales erraron en su providencia o actuaciones.

Por su parte, la privación injusta de la libertad opera como responsabilidad objetiva en los tres casos anteriormente consignados en el Código de Procedimiento Penal de 1991 y los demás casos fueron dejados al régimen subjetivo, de tal forma que esta es la única actuación judicial que ha sido juzgada de manera objetiva hasta el momento.

El Consejo de Estado debe dejar de comportarse como si el Estado no hubiera sufrido innumerables transformaciones cuando juzgue la responsabilidad por las actuaciones judiciales. Sus actuaciones se enmarcan dentro de una visión del juez como boca de la ley vigente el ideal de derecho decimonónico, en lugar de atender a la nueva realidad del Estado.

Así, deben instaurarse nuevas situaciones de responsabilidad estatal por las actuaciones del juez, guiadas por las características del Estado contemporáneo, como por ejemplo la privatización de la justicia, la internacionalización del derecho y los cambios en las fuentes del derecho, como por ejemplo la responsabilidad por laudos arbitrales, por la ejecución de sentencias internacionales y por cambios en las líneas jurisprudenciales.

Un ejemplo de responsabilidad por la ejecución de sentencias internacionales es la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso de San Andrés. Más allá de si esta es conforme o contraria a derecho, puede ocasionar daños antijurídicos, como en efecto sucedió con los isleños que se dedican a la pesca como actividad económica y al medio ambiente por afectar una zona de especial interés ambiental, como lo pone de presente Ramelli (2015).

En cuanto al cambio de una línea jurisprudencial fuerte y reiterada, más allá de que el derecho es dinámico y que la realidad cambiante pueda justificar una modificación de esta

naturaleza, los particulares pueden sufrir daños antijurídicos, puesto que con independencia de la legitimidad de estos cambios, ellos se acercan al aparato jurisdiccional en vigencia de ciertas reglas que luego no son aplicadas a su caso particular.

Fueron elegidos para ser estudiados de una forma más profunda la responsabilidad por cambio línea jurisprudencial —que podría ser subjetiva u objetiva— y la responsabilidad del Estado por los laudos arbitrales.

3.1. Responsabilidad por los laudos arbitrales

Para reflexionar en torno a la responsabilidad del Estado por laudos arbitrales, se hará una breve exposición de sus fundamentos constitucionales y legales, así como de los medios previstos en el ordenamiento para su control, con el propósito de defender la posibilidad de que sus defectos sea tratados conforme con las reglas de responsabilidad contenidas en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia. En ningún momento se debatirá la posibilidad de que el Estado repita contra los árbitros, por ser un tema que escapa al propósito de este trabajo.

El fundamento constitucional del arbitraje se encuentra en el artículo 116 de la Constitución Política de 1991, el cual prevé la posibilidad de que los particulares sean investidos transitoriamente de la función de administrar justicia. Es desarrollo de este precepto se profirió la Ley 1563 de 2012 (“Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”), en concordancia con la Ley Estatutaria de Administración de Justicia. Adicionalmente, es relevante tener en cuenta lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 13 de la LEAJ, sobre la posibilidad que tienen las partes de acordar el procedimiento que regirá sus actuaciones respetando el debido proceso en los casos en los que el Estado no sea una de ellas

Al analizar las características básicas de la justicia arbitral desde el punto de vista constitucional, la Corte Constitucional señaló las siguientes: (i) se trata del ejercicio de la función de administrar justicia por particulares, (ii) se origina en la voluntad de las partes; (iii) su naturaleza es temporal y transitoria; (iv) los fallos pueden ser en derecho o en equidad; (v) existe un amplio margen de configuración legislativa en cuanto al diseño de este tipo de justicia (Sentencia T-058, 2009).

Profundizando en estas características, se tiene que la naturaleza de la decisión arbitral, concretada en un laudo, es jurisdiccional y en consecuencia, “equivale a una providencia judicial en cuanto resuelve el litigio suscitado entre las partes, pronunciándose sobre los hechos, resolviendo sobre las pretensiones, valorando las pruebas y declarando el derecho a la luz de los mandatos constitucionales y legales o atendiendo a los principios de equidad” (Sentencia C-247, 1997).

En segundo lugar, el acuerdo de las partes es el fundamento de la huida a la justicia estatal para dirimir las controversias, desplazando a la jurisdicción ordinaria y constituyéndose en la habilitación de los árbitros, dotando de eficacia sus determinaciones y todo lo concerniente a ellas (Sentencia C-330, 2000).

El carácter transitorio de la actividad de los árbitros, esto es, la limitación en el tiempo en consideración a la solución del conflicto, radica en que “[d]e no ser así, se crearía una jurisdicción paralela a la ordinaria que, con grave perjuicio del orden público, debilitaría la estructura estatal y menoscabaría la función pública de administrar justicia” (Sentencia C-330, 2000).

En los casos de fallos en equidad, hay que tener presente que por tratarse del ejercicio de una función pública, el laudo que se circunscriba a estos parámetros no es inexpugnable o arbitrario, pues el marco jurídico general es la Constitución y se basa en las circunstancias concretas del conflicto propugnando por la realización de la justicia en el caso concreto, proporcionando una justificación (Sentencia SU-837, 2002).

Finalmente, en lo que se refiere a la libertad de configuración del legislador para definir el marco legal dentro del cual opera la justicia arbitral como mecanismo de solución pacífica de controversias, no opaca la voluntariedad del mecanismo e implica que los árbitros deben desarrollar su labor en el marco que la ley determine (Sentencia C-163, 1999).

Ahora bien, teniendo como premisa que los árbitros son administradores transitorios de justicia, se pregunta si su actuar compromete la responsabilidad del Estado de la misma forma en la que sucede con los jueces de la República, sobre lo cual existen dos posturas.

Una que sostiene que a los árbitros, al estar revestidos de jurisdicción, les resulta aplicable lo previsto en la LEAJ sobre el error jurisdiccional y el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, de forma que sí habría lugar a predicar responsabilidad del Estado por

los laudos arbitrales que no se sean acordes con el ordenamiento jurídico o cualquier otra falla derivada del proceder de los árbitros en ejercicio de la función jurisdiccional. Por otro lado, están quienes sostienen que en el arbitraje media siempre la voluntad de las partes para acudir a ese medio alternativo de solución de controversias y que esa suerte de huida de la jurisdicción resulta un acto privado que no puede generarle responsabilidad al Estado, independientemente de la forma en la que actuó el Tribunal de Arbitramento.

En cuanto a la primera de las posiciones, se argumenta que si se observan las situaciones que comprometen la responsabilidad del Estado contenidas en los artículos 67, 68 y 68 de la Ley Estatutaria de Administración de justicia, en principio una autoridad revestida de la facultad jurisdiccional, como un árbitro, puede caer en cualquiera de esos títulos de imputación y hacer responsable al Estado por su actuación desviada del ordenamiento jurídico. La Corte Constitucional ha defendido esta postura, en los siguientes términos:

“Es la misma ley la que admite la posibilidad de que, en virtud de sus disposiciones, la jurisdicción puede ser ejercida en casos particulares bajo ciertos y determinados presupuestos y condiciones por otros órganos que no sean los de la jurisdicción ordinaria. Por ello, la atribución de poderes jurídicos a los árbitros para que ejerzan la función jurisdiccional, como efecto de derecho público, opera por ministerio de la ley y no por la voluntad de las partes, pues si bien estas dan el modo para que se produzcan tales efectos jurídicos, no los producen ellas mismas mediante sus declaraciones de voluntad. Dicho de otra manera, esta consecuencia jurídica no se sigue de la voluntad de las partes comprometentes sino de la ley; la voluntad de las partes no podría producir por sí misma aquel efecto jurídico, toda vez de la virtualidad de transmitir una jurisdicción que por sí no tienen. Por tanto, el otorgamiento de poderes jurisdiccionales a los terceros designados como árbitros, si bien se origina en un negocio jurídico privado (el compromiso o la cláusula compromisoria), emana de la ley. Y ello es así porque el derecho objetivo vincula a dicho acto no sólo efectos jurídicos privados (entre las partes) sino también efectos jurídicos públicos (entre el Estado y los árbitros) que se concretan en la atribución de funciones jurisdiccionales a estos últimos” (Sentencia C-431, 1995).

A pesar de esto, hay algunos autores que consideran que no es posible atribuirle responsabilidad a los tribunales de arbitramento, pues a su juicio, en el arbitraje rige la voluntad de los particulares de resolver sus controversias de forma alternativa sin que medie la función judicial del Estado. Así, al prevalecer la autonomía de la voluntad, no se puede hacer responsable al Estado por una decisión propia y autónoma.

Con el ánimo de encontrar una solución a las controversias que puedan desprenderse de esas dos posturas, analizaremos primero los controles que recaen sobre los laudos arbitrales, providencia en la que eventualmente se podría materializar el error jurisdiccional, y los controles a la función de los árbitros, después de lo cual retomaremos la discusión sobre la posibilidad de reclamar los daños antijurídicos ocasionados por los laudos arbitrales a través de la acción de reparación directa bajo el título de error judicial.

La Ley 1563 de 2012 enseña que contra el laudo arbitral solo proceden dos recursos, ambos de naturaleza extraordinaria, a saber: el recurso de anulación y el recurso de revisión.

La lectura de cada una de las causales contempladas para la procedencia del recurso extraordinario de anulación da cuenta de que este solo se puede interponer para remediar vicios *in procedendo* pero nunca podrá interponerse para cuestiones de fondo en contra del laudo arbitral. Es decir que no es posible plantear debates como los que se pueden presentar en escenarios como el recurso extraordinario de casación, en donde se examina el fondo de la providencia y se verifica si se aplicó bien el derecho.

Botero Aristizábal, quien estima que sí resulta procedente la declaratoria de responsabilidad del Estado a través del ejercicio de la acción de reparación directa frente a los laudos proferidos por los tribunales de arbitramento, considera que para evitar que acaezca la caducidad de la acción contenciosa es necesario interponer el recurso extraordinario de anulación simultáneamente con la demanda contenciosa administrativa.

En segundo lugar, en cuanto al recurso extraordinario de revisión, el artículo 45 del Estatuto de Arbitraje establece que tanto el laudo como la sentencia que resuelva sobre su anulación pueden ser atacados a través de este recurso, excepto en los casos en los que, habiendo podido, no se hubiere interpuesto el recurso de anulación por indebida representación o falta de notificación.

Al referirse al recurso extraordinario de revisión, la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente:

“El recurso de revisión está sujeto a unas causales taxativas que limitan su alcance a las anomalías de alta trascendencia y constituye una verdadera acción impugnatoria con efectos rescisorios, en la cual no hay lugar a la reapertura del debate jurídico o probatorio, ni espacio para discutir el sentido del razonamiento del juez dirigido a adoptar una decisión determinada, sino únicamente a la presentación de cargos relativos a extremas injusticias o ilicitudes dentro de la decisión. En definitiva, esta institución y las causales que dan lugar a su solicitud, están diseñados como una institución procesal dirigida a la protección de los derechos a acceder a la justicia y al debido proceso”.

Si se analizan los recursos procedentes contra los laudos arbitrales, se concluye los medios de impugnación reseñados no abren nuevamente el debate jurídico sino que se ciñen al estudio y corrección de protuberantes anomalías que afectan la sentencia de anulación o el laudo.

Habiendo estudiado someramente los recursos que ofrece el ordenamiento jurídico para impugnar los laudos arbitrales, nos centraremos en la procedencia de la acción de tutela en contra de los laudos, asunto que es tratado por la Corte Constitucional cada vez con más frecuencia, señalando que se trata de un mecanismo excepcional.

Es estos pronunciamientos, el Alto Tribunal se ha referido a los medios judiciales de control de las decisiones arbitrales argumentando que en principio sólo serán aplicables para la corrección de errores *in procedendo*, en relación directa con la voluntad de las partes que antecede al arbitraje y que le proporciona eficacia, de la siguiente forma:

“[L]a fuente de las funciones jurisdiccionales de los árbitros no es un acto del Estado, sino un contrato o acuerdo de voluntades entre las partes en disputa, en virtud del cual desean derogar – para el asunto particular – la jurisdicción estatal como sede para dirimir la controversia. Adicionalmente, la celebración de un pacto arbitral supone no solamente la decisión libre y voluntaria de someter una determinada controversia a consideración de un grupo de particulares, en los cuales depositan su confianza de que la decisión que adopten – cualquiera que ella sea – se ajuste al orden constitucional y

legal; sino también la obligación de acatarla.

La anterior característica de la justicia arbitral, derivada directamente del carácter voluntario de este mecanismo de solución de controversias, conlleva a que los medios judiciales de control de las decisiones arbitrales sean restringidos, limitándose a conjurar, por regla general, violaciones al derecho fundamental al debido proceso, manifestadas a través de errores *in procedendo*. En efecto, el elemento voluntario del arbitramento implica que – en principio – la valoración sustantiva realizada por los árbitros goce de un carácter definitivo e intangible” (Sentencia T-466, 2011).

De esta forma, para la Corte Constitucional “la acción de tutela [contra laudos arbitrales] procede exclusivamente cuando se verifique la existencia de una clara vía de hecho, que implique la vulneración de derechos fundamentales” (Sentencia T-466, 2011), ya sea en el laudo arbitral o en los recursos extraordinarios impuestos, siempre y cuando se hayan agotado los recursos previstos para controlar los laudos y a pesar de esto subsista la vía de hecho (Sentencia SU-174, 2007).

La Corte Constitucional ha estimado que para efectos del artículo 86 de la Constitución Política, los árbitros son verdaderas autoridades públicas, por lo que pueden ser accionados a través de la tutela (Sentencia T-466, 2011). Los árbitros no cuentan con un poder extra o supraconstitucional y como autoridades públicas, su actuación debe someterse al Estado de derecho, incluso si los fallos son en equidad, lo cual implica el respeto al debido proceso como garantía de los ciudadanos frente al poder, cuyo flagrante desobedecimiento constituye una vía de hecho frente a la cual la persona no puede quedar inerte (Sentencia SU-837, 2002).

De acuerdo con el alto tribunal, las vías de hecho en materia arbitral se configuran a partir de los siguientes defectos:

“*I. Defecto sustantivo:* Se presenta cuando (i) los árbitros fundamentan su decisión en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto, y en razón de ello desconocen de manera directa un derecho fundamental; (ii) el laudo carece de motivación material o su motivación es manifiestamente irrazonable; (iii) la interpretación o aplicación que se hace de la norma en el caso concreto, desconoce sentencias con efectos *erga omnes* que han definido su alcance; (iv) la interpretación de la norma se hace sin tener en

cuenta otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática y (v) la norma aplicable al caso concreto es desatendida y por ende inaplicada.

II. Defecto orgánico: Ocurre cuando los árbitros carecen absolutamente de competencia para resolver el asunto puesto a su consideración, ya sea porque han obrado manifiestamente por fuera del ámbito definido por las partes o en razón a que se han pronunciado sobre materias no arbitrables.

III. Defecto procedimental: Se configura cuando los árbitros han dictado el laudo de manera completamente contraria al procedimiento establecido contractualmente o en la ley, y con ello se ha incurrido en una vulneración directa del derecho de defensa y de contradicción. Para que la mencionada irregularidad tenga la magnitud suficiente para constituir una vía de hecho, es necesario que aquella tenga una incidencia directa en el sentido de la decisión adoptada, de tal forma que si no se hubiera incurrido en ella se habría llegado a una determinación diametralmente opuesta.

IV. Defecto fáctico: Se presenta en aquellas hipótesis en las cuales los árbitros (i) han dejado de valorar una prueba determinante para la resolución del caso; (ii) han efectuado su apreciación probatoria vulnerando de manera directa derechos fundamentales, o (iii) han fundamentado su valoración de las pruebas con base en una interpretación jurídica manifiestamente irrazonable. Para este Tribunal, es necesario que el error en la valoración probatoria haya sido determinante respecto del sentido de la decisión finalmente definida en el laudo” (Sentencia T-466, 2011).

Entonces, la tutela contra laudos tiene las mismas ventajas y desventajas de la tutela contra providencias desde la perspectiva de la responsabilidad del Estado por la actividad jurisdiccional, con el agravante de que se exige la interposición de los recursos extraordinarios y que a diferencia de los errores judiciales, respecto de los laudos, el ordenamiento jurídico no contiene una herramienta ordinaria para controlar los errores *in judicando* que puedan presentarse al interior de un trámite arbitral, como sí aparece por ejemplo el recurso de casación en la jurisdicción ordinaria.

Existen los medios extraordinarios de impugnación como la anulación y la revisión, sujetos a las causales expresamente diseñadas por el legislador, y cuya estructura y procedencia está

diseñada para errores en el procedimiento o para corregir anomalías exógenas, y a la par encontramos la acción de tutela, procedente también de forma excepcional frente a los laudos, siempre y cuando se verifiquen los requisitos anteriormente reseñados.

En otras palabras, el ordenamiento jurídico brinda herramientas para la corrección de yerros en el procedimiento y para la protección excepcional de derechos fundamentales derivados de vulneración por laudos arbitrales, pero actualmente carece de herramientas que permitan controlar eficientemente a los árbitros cuando ellos contengan un yerro de aplicación o interpretación de la normatividad sustancial. Es decir, no hay un mecanismo jurídico que permita la aplicación adecuada del derecho, como sí lo hay en otros niveles, v.gr., reiteramos, la casación.

Finalmente, habiendo corroborado la existencia de esa laguna normativa, estudiaremos si la acción contenciosa administrativa de reparación directa puede ofrecer algún tipo de respuesta como forma de control a la aplicación anómala de la ley sustancial.

Sobre el particular, recordemos que la LEAJ admite una interpretación en virtud de la cual es dable colegir que los laudos arbitrales son fuente de responsabilidad estatal derivados de un error jurisdiccional, entendiendo por tal el que se materializa a través de una providencia contraria a la ley, a voces del artículo 66 de la ley 270 de 1996, para lo cual el mecanismo judicial idóneo es la reparación directa, de acuerdo con el artículo 140 del CPACA, el cual contiene una lista abierta de fuentes del daño.

No resulta de recibo el argumento en virtud del cual la existencia de la convención privada extrae del ámbito de la responsabilidad del Estado al actuar de los árbitros. La aplicación del artículo 90 de la Constitución Política no permite colegir que se pueda eximir de responsabilidad al Estado por la simple existencia de un contrato, como es aquel negocio jurídico en el cual se designa al árbitro único o al cuerpo colegiado de árbitros.

En un Estado social de derecho es inadmisibles que particulares deban soportar como una carga pública la existencia de un laudo arbitral contrario al ordenamiento jurídico por el simple hecho de querer sustraer de la jurisdicción ordinaria la controversia. Además el artículo 2° de la Constitución Política impide que en un orden justo, como uno de los fines esenciales del Estado, existe una providencia arbitral que desconozca, inaplique, interprete erróneamente o de un alcance indebido a la ley sustancial.

De manera que no es adecuado concluir que la mera existencia del contrato es suficiente para argüir que la responsabilidad estatal no está comprometida, pues es la misma Constitución la que da la posibilidad inicial de habilitar a los árbitros con la jurisdicción para dirimir controversias.

Consideramos que siempre que exista una providencia (en sentido amplio, entiéndase incluido el laudo arbitral) que contraría al ordenamiento jurídico, se hace necesaria la intervención del Estado para garantizar la reparación del daño, por lo cual debería hacerse extensivo lo relacionado con el error judicial o preverse la existencia de un nuevo factor de imputación, pues es el ordenamiento jurídico el que habilita primigeniamente a los particulares para que puedan acudir a mecanismos alternativos de solución de controversias, motivo este que resulta suficiente para comprender por qué el Estado está llamado a responder.

De forma que sostener la inexistencia de responsabilidad de parte del Estado al proferirse un laudo que desconozca la ley, amparado por la presencia de un pacto privado voluntario de acudir a un tercero para que dirima la controversia, no resulta ni suficiente ni satisfactoria, si de garantizar un orden justo se trata. Al ponderar las dos posturas encontradas, fácilmente encontramos que el interés general de controlar y expulsar acciones contrarias a derecho prevalece sobre el interés particular materializado en un contrato, en donde se manifiesta la intención de huir de la jurisdicción tradicional y habilitar a un árbitro para que dirima la controversia.

Siguiendo con lo anterior, no consideramos que la simple suscripción de un compromiso o de una cláusula compromisoria resulte una inequívoca intención de renunciar a cualquier acción en contra del Estado por una indebida prestación del servicio jurisdiccional, pues la habilitación que hace el artículo 116 Superior impide considerar que el arbitraje se trata de un hecho exclusivamente particular.

Emerge un argumento adicional en la misma línea si consideramos que dentro de los fines de los mecanismos alternativos de solución de controversias (como el arbitraje), está contribuir a la descongestión judicial y que muchas veces los particulares acuden a estos mecanismos para evitar engorrosos y largos pleitos, es decir, que la existencia de estas alternativas obedece en gran medida a la constatación de fallas dentro de la misma administración de justicia, que impulsan a los particulares a evitarla, situación que pone de manifiesto que el Estado no puede desligarse por completo de esta actividad, a pesar del componente privado que en ella existe.

Finalmente, vale la pena considerar que la prestación del servicio de administración de justicia corresponde esencialmente al Estado, quien habilita a los particulares con el objeto que le presten ayuda en esa fundamental labor, pero eso no quiere decir que el aparato estatal se desprenda de ese deber de forma permanente y que deje de tener injerencia en el mismo.

Se trata de un servicio público prestado por particulares, y a pesar de que su naturaleza no sea administrativa, como sucede en el caso de los servicios públicos domiciliarios, la educación y la salud, entre otros, el modelo de Estado regulador instituido en la Carta Política implica que en los casos en los que los particulares presten servicio público, el Estado se reserva su vigilancia y control, así como su titularidad, en virtud de la cual puede ser demandado por la prestación insuficiente del servicio.

En conclusión, se propone que la pretensión de reparación directa sea admitida como el mecanismo judicial idóneo para responsabilizar al Estado y reparar a las personas que sufran daños antijurídicos por la comisión de un error judicial o por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia con ocasión de un laudo arbitral, en los términos de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia o bajo la creación de un nuevo título de imputación.

Finalmente, en los fallos por equidad debería ser reconocido el error judicial siempre que estos sean manifiestamente injustos, vulneratorios de derechos fundamental al debido proceso o contraríen los principios y valores fundantes del Estado. Por su parte, los fallos en derecho deberían tener el mismo tratamiento de las providencias judiciales en general respecto a los errores judiciales. Consideramos también, que es posible que se produzca un defecto en el funcionamiento de la administración de justicia en estos procesos.

3.2. Responsabilidad por el cambio de línea jurisprudencial

Hasta el momento se desconoce cualquier iniciativa de establecer o reconocer la responsabilidad del Estado por la defraudación de la confianza legítima en este supuesto, motivo por el cual se considera que es una propuesta realmente novedosa. Sin embargo, se sugiere que la génesis de esta figura se encuentra en la dimensión reparatoria del recurso extraordinario de extensión de los efectos de la jurisprudencia, porque ello sugiere que puede ser fuente de responsabilidad estatal la resolución judicial en direcciones distintas de dos casos idénticos.

Además de discutir sobre el tema particular traído a colación, se pretende enfatizar en que las tres circunstancias tradicionales de responsabilidad estatal por las actuaciones jurisdiccionales son insuficientes en un Estado en el que el juez es el sujeto más importante de la organización jurídico política, puesto que a mayor actividad, mayores posibilidades de ocasionar daño de distintas formas y en diversos campos.

Este asunto debe ser analizado a partir de la confianza legítima y la unidad de la jurisprudencia, que como quedó visto en el segundo capítulo, es una de las pretensiones del ordenamiento jurídico.

La ruta a seguir es la siguiente: en primer lugar se mostrará cuál el debate en torno a este tema y cuáles son las dos posturas más significativas para resolver el problema jurídico; posteriormente se explicará en qué consiste la protección a la confianza legítima y si ella es predicable respecto de las actuaciones judiciales; y finalmente se defenderá que debe reconocerse la responsabilidad del Estado por los daños producidos por un cambio de línea jurisprudencial.

En los extremos del debate se encuentra, de un lado, la necesidad de proporcionarle confianza a los ciudadanos que acuden ante los jueces de la República para que les administren justicia y la pretensión unificadora de la jurisprudencia producida por los órganos de cierre. En el otro extremo se ubica la naturaleza dinamizadora de esta fuente del derecho.

La disyuntiva entre estabilidad y dinamismo en la jurisprudencia ha queda evidenciada en numerosas oportunidades ocurridas desde antaño. Por ejemplo, al analizar la constitucionalidad del artículo 10 de la Ley 153 de 1997, subrogado por el artículo 4 de la Ley 169 de 1889, sobre doctrina probable¹⁶⁶, la Corte Constitucional, al refiriéndose a la Corte Suprema de Justicia como unificadora de jurisprudencia, señaló que

“la labor creadora de este máximo tribunal consiste en formular explícitamente principios generales y reglas que sirvan como parámetros de integración, ponderación e interpretación de las normas del ordenamiento [, sin embargo, (...)] un cambio en la situación social, política o económica podría llevar a que la ponderación e

¹⁶⁶ Artículo 10. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.

interpretación del ordenamiento tal como lo venía haciendo la Corte Suprema, no resulten adecuadas para responder a las exigencias sociales. Esto impone la necesidad de formular nuevos principios o doctrinas jurídicas, modificando la jurisprudencia existente, tal como ocurrió en el siglo pasado, cuando la Corte Suprema y el Consejo de Estado establecieron las teorías de la imprevisión y de la responsabilidad patrimonial del Estado. En estos casos se justifica un replanteamiento de la jurisprudencia. Sin embargo, ello no significa que los jueces puedan cambiar arbitrariamente su jurisprudencia aduciendo, sin más, que sus decisiones anteriores fueron tomadas bajo una situación social, económica o política diferente. Es necesario que tal transformación tenga injerencia sobre la manera como se había formulado inicialmente el principio jurídico que fundamentó cada aspecto de la decisión, y que el cambio en la jurisprudencia esté razonablemente justificado conforme a una ponderación de los bienes jurídicos involucrados en el caso particular” (Sentencia C-836, 2001).

Así las cosas, surge el cuestionamiento sobre si el cambio de una línea jurisprudencial o la resolución distinta de casos similares puede ser una defraudación a la confianza legítima generadora de responsabilidad del Estado, como un novedoso título o situación de imputación por el actuar de los jueces.

La confianza legítima se erige como un principio del ordenamiento jurídico que busca proteger las expectativas creadas, promovidas o toleradas por el Estado en torno a la estabilidad o proyección futura de situaciones jurídicas (Valvuela Hernández, 2015) frente a cambios bruscos e intempestivos, que ha sido desarrollado especialmente frente a un actuar intempestivo de la administración¹⁶⁷ y en breve se verá la prosperidad de ampliarlo al ámbito de la actuación judicial.

En este ámbito, constituye un mandato de optimización creado para la protección de los particulares ante alteraciones drásticas de la forma de actuar de la judicatura, o de la manera cómo interpreta o aplica una determinada norma, y como entiende una institución jurídica o los elementos constitutivos y estructurales de un derecho, que contribuye a que los particulares actúen

¹⁶⁷ Ver Sentencia T-617 (1995), Sentencia T-1094 (2005) y Sentencia T-717 (2012).

de una u otra forma y en consecuencia, impone la obligación de prever períodos de transición para que los estos ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica.

La confianza legítima se encuentra estrechamente relacionada con el principio de la buena fe (artículo 83 CP), que en el campo de las relaciones entre administrado y administración

“juega un papel no sólo señalado en el ámbito del ejercicio de los derechos y potestades, sino en el de la constitución de las relaciones y en el cumplimiento de los deberes, comporta la necesidad de una conducta leal, honesta, aquella conducta que, según la estimación de la gente, puede esperarse de una persona.

(...)

“La aplicación del principio de la buena fe permitirá al administrado recobrar la confianza en que la administración no va a exigirle más de lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines públicos que en cada caso concreto persiga. Y en que no le va a ser exigido en su lugar, en el momento ni en la forma más inadecuados, en atención a sus circunstancias personales y sociales, y a las propias necesidades públicas. Confianza legítima de que no se le va a imponer una prestación cuando sólo, superando dificultades extraordinarias podrá ser cumplida” (Sentencia T-617, 1995).

Ahora bien, en el ámbito de la actividad judicial, la forma reiterada de fallar en un mismo sentido por parte de los jueces de la República, y más aún de los órganos de cierre, resulta un criterio del particular para actuar. En efecto, si de antemano se conoce cómo están aplicando los altos tribunales un determinado instituto jurídico, confiará en que el operador jurídico mantenga esa misma línea de decisión. Dicho de otra forma, el conocimiento anticipado sobre cómo interpretan los jueces de cierre una norma o un derecho, determina las actuaciones de los particulares, con todas las consecuencias que de una y otra postura se desprenden.

El debate resulta interesante, puesto que esa confianza legítima entra en tensión con la necesidad de hacer dinámico el derecho, lo cual se logra especialmente a través de los cambios de la jurisprudencia de las Altas Cortes, ya que en principio la ley permanece inmutable, resistiéndose al cambio que no provenga de la acción del mismo órgano legislativo, o bien, por las sentencia de constitucionalidad proferidas por la Corte Constitucional.

Al respecto, la Corte Constitucional manifestó que “el acceso a la administración de justicia implica la garantía de la confianza legítima en la actividad del Estado como administrador de justicia” (Sentencia C-836, 2001). Esta confianza abarca las garantías de la publicidad de la ley, de la legalidad y las expectativas legítimas acerca de la interpretación y aplicación de la ley de forma razonable, consistente y uniforme (Sentencia C-836, 2001).

La confianza legítima trasciende el ámbito de las relaciones administrativas como lo demuestran las herramientas existentes en el ordenamiento jurídico para proteger las expectativas legítimas de los ciudadanos respecto a la función judicial. Estas herramientas son, según lo desarrollado en esta investigación, el recurso extraordinario de casación, el deber de aplicación uniforme de la jurisprudencia y la extensión de los efectos de la jurisprudencia, entre otros.

En contra de la declaratoria de responsabilidad por los cambios de líneas jurisprudenciales, se podría argumentar que la jurisprudencia es la fuente del derecho que se encarga de dinamizar la norma jurídica previamente creada por el legislador dándole vigor y eficacia; y que es constante movimiento de la jurisprudencia es querido por el derecho como una forma de adecuación a la realidad social siempre cambiante.

Además, en contra de la equiparación en la aplicación de la confianza legítima en el ámbito administrativo y en el ámbito judicial, se encuentra el argumento de que la jurisprudencia se parece más a una ley que a un acto o actuación administrativa, ámbito en el cual, a pesar de que se ha exigido en muchos casos que se prevean regímenes de transición, existe un margen más amplio de actuación para evitar la petrificación absoluta del derecho, bajo los siguientes argumentos:

“Las críticas arrecian especialmente frente a la pretensión de extender la responsabilidad al ‘Estado legislador’, pues este se encuentra habilitado para imponer sus decisiones a los miembros de la colectividad, sin tener que indemnizar a quienes resulten afectados en sus derechos, intereses y expectativas, apoyando su argumento en las palabras de Julien Lafereiere, que a finales del siglo XIX señalaban que ‘la ley es un acto de soberanía y lo propio de esta es oponerse a todos sin compensación’. Siguiendo esta estela argumentativa, no puede concebirse que el ejercicio de la libertad de estructuración y configuración de las leyes deba condicionarse a las expectativas de estabilidad normativa que pudieran tener los ciudadanos” (Valvuená Hernández, 2015, pág. 719).

Lo anterior en virtud de que tan importante es garantizar la igualdad en la aplicación e interpretación de las normas jurídicas que por esta razón, —además de la interpretación constitucional del artículo 230 de la Constitución Política—, la jurisprudencia cada vez se aleja más de ser un criterio auxiliar, adquiriendo las características de las normas generales, abstractas y de obligatorio cumplimiento para los demás órganos del poder público, puesto que excluye ciertos contenidos de la expedición de normas futuras y es obligatoria su aplicación por parte de las autoridades administrativas. Además, los fallos de los jueces de la República tienen efectos que muchas veces trascienden a las partes y que generan verdaderos cambios a nivel de toda la comunidad.

Las semejanzas entre la ley y la jurisprudencia se ve reforzada en el campo del control de constitucionalidad de las leyes y por la denominada doctrina del derecho viviente. En cuanto a lo primero, se tiene que lo dispuesto por la Corte Constitucional en sede de control abstracto entra a formar parte de la disposición legislativa, determinan su alcance, o condicionan su interpretación, de tal forma que ha sido concebida con una “extensión de la ley. Por su parte, el derecho viviente que es el control de constitucionalidad abstracto de la interpretación judicial de las normas, especialmente por parte de las altas cortes, como si se tratara del control sobre una disposición con contenido material de ley, consiste en

“la interpretación jurisprudencial y doctrinaria del texto normativo demandado debe ser tomada en cuenta para fijar el sentido, los alcances, los efectos, o la función de la norma objeto del control constitucional en un proceso, tal y como ha sido aplicada en la realidad. [Además,] Si esta interpretación jurisprudencial y doctrinaria representa una orientación dominante bien establecida, el juez constitucional debe, en principio, acogerla salvo que sea incompatible con la Constitución” (Sentencia C-557, 2001).

También implica éste concepto del derecho viviente el control de normas sobre cuya constitucionalidad ya se haya pronunciado la Corte Constitucional, pero que en atención a cambios extrajurídicos intempestivos (v. Gr. Económicos, políticos, culturales, sociales) deben ser nuevamente examinados, sin quebrantar por ello el principio de la cosa juzgada constitucional. (Sentencia C-221, 2016).

Sin embargo, en medio de esta tensión entre seguridad jurídica y dinamismo se encuentran los ciudadanos que a diario elevan sus causas ante los jueces de la República de todo rango, para

que les resuelvan los conflictos, obteniendo muchas veces respuestas diversas respecto a supuestos similares.

Adicionalmente, como lo muestra la doctrina del derecho viviente, las líneas jurisprudenciales pueden estar conforme o disconforme con la Constitución Política y además, los cambios jurisprudenciales pueden darse de manera razonada o arbitraria, lo cual pone de manifiesto que estas y sus cambios pueden ser acertados o errados.

De otro lado, con independencia de la valoración de las líneas jurisprudenciales o de los cambios que estas naturalmente sufren, debemos centrar nuestra mirada en la protección de la legítima confianza de los ciudadanos frente a la actuación de las autoridades públicas.

Al respecto, existe un pronunciamiento del Consejo de Estado que trata esta problemática, en el que se señaló que mantener las reglas jurisprudenciales vigentes al momento de haber presentado la demanda es una garantía que desarrolla el derecho al acceso a la administración de justicia, garantía contenida en el artículo 228 Superior. Para el Alto Tribunal,

“el acceso efectivo a la justicia no puede asegurarse sobre la base de criterios inciertos acerca de la manera como se pueden hacer valer las pretensiones. De ahí que si la jurisprudencia de un órgano de cierre, en un momento determinado señaló un derrotero y este es seguido por el usuario de la administración de justicia en materia de la acción pertinente para demandar, no puede luego sorprenderse a éste último como abruptos cambios jurisprudenciales, que en últimas comprometan el núcleo esencial de su derecho fundamental de libre acceso a la jurisdicción” (Expediente 19957, 2011).

Una vez desarrollado el concepto de confianza legítima, cuya defraudación serviría como fundamento de la responsabilidad por el cambio de línea jurisprudencial, y visualizado todo el panorama, se propone la idea de que bajo este supuesto se puede comprometer la responsabilidad por dos vías: (i) cuando el cambio de jurisprudencia o el desconocimiento de la jurisprudencia por parte de un juez inferior se produzca sin justificación suficiente, caso en el cual debería tratarse como una falla y si se quiere, asimilable al error judicial; y (ii) en los casos en los que el cambio de jurisprudencia, a pesar de ser brusco, se encuentre plenamente justificado, el Estado debería ser declarado objetivamente responsable por los daños antijurídicos que ello ocasione, por la defraudación de la confianza legítima.

No existen razones para sostener que este escenario de responsabilidad ha sido excluido por el constituyente, pues el artículo 90 sólo refiere dos requisitos generales para la reparación del daño, a saber: que se haya causado por un daño antijurídico y que haya sido ocasionado por alguna autoridad pública. Desde luego, la apertura de esa nueva fuente de responsabilidad trae un problema adicional que se advierte rápidamente: ¿es el Consejo de Estado el juez natural encargado de determinar la responsabilidad del Estado en estos casos?

CONCLUSIONES

Una vez descritas las diversas aproximaciones filosóficas de los más connotados autores a la institución jurídica de responsabilidad civil, según su clasificación en teorías económicas o morales, debe resaltarse que esta institución busca responder con eficiencia y justicia a la concreción de los riesgos de vivir en sociedad, o en todo caso, a las situaciones en las que las personas son afectadas por sucesos no determinados por su voluntad, como una manera de armonización entre los aspectos que atañen al ámbito individual y los relativos a la vida en sociedad, propendiendo a que cada individuo cuente con las garantías necesarias para desplegar su proyecto de vida y al mismo tiempo soporte las cargas y reciba los beneficios de vivir en sociedad.

Aunado a lo anterior, una aproximación teórica, conceptual y contextual a los fundamentos jurídico políticos de la responsabilidad situada en el modelo de Estado social de derecho, indica que se requiere prestar una especial atención cuando quien ocasiona los daños es el Estado, puesto que a pesar de que este está instituido para proteger y garantizar la integridad y los derechos de los ciudadanos, es posible que con su actuar lesione los derechos e intereses legítimos de las personas, ya sea porque actuando legítimamente genere un desbalance o rompimiento en las cargas públicas, o porque falle en su quehacer.

Es así como, para satisfacer los mandatos de igualdad, libertad, solidaridad, integridad del patrimonio, confianza legítima y acceso a la administración de justicia, surge la obligación de que, con independencia de la valoración de la conducta de la autoridad pública, sean resarcidos todos los daños antijurídicos que le sean imputables al Estado, de tal forma que la víctima sea puesta en las mismas condiciones en las que se encontraba antes de ser dañada, o en las más similares posibles, o que en caso de que esto no sea posible, los perjuicios sufridos sean compensados.

Aún más, el estudio de los fundamentos jurídico políticos de la responsabilidad del Estado pone de presente que, a diferencia de las relaciones entre los particulares, sobre el Estado como sujeto no solamente recae la obligación de no dañar, sino que de forma positiva es el garante de los derechos de las personas y que además, la responsabilidad civil del Estado no solamente es una herramienta de restablecimiento del equilibrio relacional, sino y sobretodo, es un mecanismo de control sobre el ejercicio del poder público en cualquiera de sus manifestaciones.

Es así como, se abordó la pregunta por la identidad del juez desde una perspectiva crítica con el propósito de profundizar en la reflexión de la responsabilidad del Estado por las actuaciones jurisdiccionales en torno al ejercicio del control respecto al ejercicio del poder público como garantía de los derechos de los ciudadanos, pues al encontrar que el juez, al ser el sujeto más importante y activo en el Estado contemporáneo, tiene la potencialidad de causar daños antijurídicos, no solamente se devela la exigencia de una nueva intervención estatal de administración de justicia, sino también la importancia de adelantar múltiples reflexiones sobre este actor.

En efecto, el juez se convirtió en el actor central y se encuentra ubicado en la cúspide de la organización jurídico política, y a pesar de que en el Estado contemporáneo neoconstitucionalizado la interdicción del poder pasa a un segundo plano para darle el primer lugar a la garantía de los derechos, se discutió la limitación al poder del juez no tanto por razones estructurales del Estado, sino porque el control que debe existir sobre este en el ámbito de la responsabilidad contribuye a garantizar el derecho a la indemnidad de los ciudadanos.

Situando esta discusión sobre los cambios recientes en la teoría política del Estado en el ordenamiento jurídico colombiano, surgen algunas inquietudes y propuestas sobre la forma más idónea de fortalecer a los órganos de cierre de la jurisdicción para que funjan como agentes reparadores de daños y a su vez, para que existan mecanismos apropiados para controlar las actuaciones de estas instancias máximas con las cuales se causen daños antijurídicos.

Adicionalmente, la evidencia de que no es suficiente con que la actividad del juez sea controlada en el ámbito internacional, propiciada especialmente cuando se trata de violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, demuestra la urgencia de responder al problema de la responsabilidad por el ejercicio de la función jurisdiccional teniendo en cuenta su identidad en el paradigma contemporáneo de Estado, así como la insustituible importancia del imperativo de que las víctimas queden indemnes frente al actuar u omitir de las autoridades públicas.

Entonces, una vez atraída la atención sobre este asunto, nos adentramos en el estudio evolutivo de la jurisprudencia sobre la responsabilidad del Estado por ser una institución de especial creación *pretoriana*, encontrando que en contraposición con las sentencias sobre la responsabilidad de la administración pública, excepto por la privación injusta de la libertad, esta

no ha sido suficientemente desarrollada de tal manera que logre responder de forma contundente a las exigencias filosóficas, políticas y jurídicas previamente probadas.

En efecto, a pesar de que en virtud del artículo 90 de la Constitución Política el Estado está llamado a responder por los daños antijurídicos causados por cualquier autoridad pública, la jurisprudencia del Consejo de Estado únicamente ha sido abundante respecto a la responsabilidad por las actuaciones de la administración pública, es decir, de la rama ejecutiva del poder.

El máximo órgano de lo contencioso administrativo ha desplegado una importante labor en este ámbito, especialmente en pro (i) del restablecimiento de los derechos más básicos, como la vida, la integridad personal, la salud y la libertad, especialmente de las víctimas del conflicto armado interno; (ii) del restablecimiento de la vigencia del Estado social y democrático de derecho, aunque sea *a posteriori*, es decir, después de la ocurrencia de las más crueles atrocidades, recordándole al Estado que sus agentes deben actuar buscando alcanzar los fines de la organización socio política y que es garante de los derechos de los ciudadanos; y (iii) de servir como memoria de lo ocurrido en el marco del conflicto y cerrar el ciclo de la guerra.

A pesar del loable trabajo realizado por el Consejo de Estado, quien ha empezado a comportarse como tribunal de constitucionalidad e incluso de convencionalidad, es necesario llamar la atención sobre la necesidad de que se desarrollen con mayor fuerza otros ámbitos de la responsabilidad estatal, como por ejemplo la que atañe a las actuaciones de la judicatura, para que todos los ciudadanos a quienes se les ocasione un daño antijurídico queden indemnes en la medida de las posibilidades, y también para que no existan autoridades públicas que no estén sujetas al régimen de responsabilidad del Estado, más allá de su responsabilidad disciplinaria, fiscal y patrimonial personal.

Es deseable que esta nueva perspectiva se produzca y que cuando ello ocurra no solo se continúe buscando que la reparación no consista en una indemnización patrimonial, sino que también se desplieguen todas las acciones necesarias tendientes a que la víctima quede en la situación en la que se encontraba antes de ser dañada bajo la tendencia actual del reconocimiento de las distintas tipologías de daños y de la adopción de medidas dinámicas de reparación. Igualmente se espera que ello suceda no solamente respecto de los derechos más básicos de la persona, sino de todo tipo de derechos, cuyo reconocimiento y protección ha avanzado en muchos escenarios.

Del análisis de los casos seleccionados sobre la responsabilidad del Estado por las actuaciones judiciales, especialmente en los escenarios de error judicial y defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, florecen las siguientes dificultades para que se produzca un viraje hacia la reparación de la víctima: en los casos de error judicial el miedo a transgredir la intangibilidad de la cosa juzgada; la existencia de una errada e inescindible relación entre la responsabilidad del Estado y el reproche a la conducta del juez; el recelo frente a la posibilidad de desconocer la autonomía judicial en un ámbito en el cual se admite que existan varias respuestas posibles; y la confusión entre la causa de un daño antijurídico, la actuación irracional de una autoridad pública y la violación de un derecho fundamental.

También se han impuesto muchas trabas para condenar al Estado por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. Una de ellas es la imposición de cargas excesivas a las partes, puesto que si estas no subsanan el error cometido por la administración de justicia a través de todo tipo de actuaciones, recursos e incidentes, se declara que el daño fue ocasionado por ella misma.

Adicionalmente, en los casos en los que logra configurarse la falla, la reparación no es integral, puesto que no se adoptan medidas para restaurar a las víctimas, y de otro lado, con la teoría de que el solo defectuoso funcionamiento de la administración de justicia no causa en sí mismo un daño antijurídico, se le permite a la administración lesionar bienes e intereses jurídicamente protegidos, como por ejemplo el derecho al acceso a la administración de justicia, el derecho a obtener una pronta y adecuada solución de los conflictos y la defraudación de la confianza depositada en el Estado como administrador de justicia, entre otros.

Ha quedado probado que para lograr el restablecimiento de la igualdad en las cargas públicas, los títulos tradicionales de imputación de responsabilidad del Estado juez no han sido suficientemente prósperos y su desarrollo plantea innumerables retos, los cuales merecen ser discutidos y en algún momento superados, en honor a las teorías filosófico políticas que sustentan esta institución, y además, existe la posibilidad de que, teniendo en cuenta que el modelo de juez ha cambiado con ocasión de la transformación del paradigma de Estado, estos títulos tradicionales sean insuficientes, por lo cual vale la pena escudriñar en nuevos ámbitos, situaciones o espacios que no deberían escapar del juicio sobre la responsabilidad.

Ahora bien, adentrándonos en la resolución de las tres preguntas de investigación, relativas a la existencia de una coherencia discursiva en el desarrollo de la responsabilidad del Estado en

Colombia desde una perspectiva filosófica; la importancia de que el juez responda por las actuaciones del juez que ocasionen daños antijurídicos, junto con las dificultades que ello entraña; y la posibilidad de abrirle camino a nuevos escenarios de responsabilidad del Estado juez, se arriba a las siguientes conclusiones.

En primer lugar, se tiene que además de que no existe una teoría de la justicia única que logre explicar en su totalidad nuestro sistema de responsabilidad extracontractual del Estado, sino que es necesario eclecticizar algunos aspectos provenientes de distintas concepciones, no existe una misma línea filosófica en la responsabilidad estatal respecto al ejercicio del poder público por parte de todas las ramas de la organización, pues la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado en materia de responsabilidad del Estado por el ejercicio de la función jurisdiccional del poder público ha sido restrictiva y menos garantista, en comparación a los pronunciamientos de la responsabilidad de la administración, alejándose así de los principios de justicia que irradian el instituto de forma general.

Igualmente, es indispensable que la responsabilidad del Estado se adapte al nuevo paradigma de juez en el Estado contemporáneo como parte del control al que deben quedar sometidos todos los poderes públicos y como garantía de indemnidad de los ciudadanos. Para lograr este cometido es necesario ponderar dicha necesidad con la intangibilidad de la cosa juzgada y la independencia judicial. Igualmente, es ineludible preguntarse por la responsabilidad del Estado por las actuaciones de las altas cortes.

El análisis de todos estos aspectos pone en evidencia la insuficiencia de las formas tradicionales de responsabilizar al Estado por las actuaciones jurisdiccionales para mantener indemnes a los particulares en un contexto de expansión de la actividad judicial. Para enfrentar esta problemática se plantea la posibilidad de abrirle camino a nuevos escenarios como la responsabilidad del Estado por los laudos arbitrales y por los cambios de línea jurisprudencial.

El primero de estos supuestos pone de manifiesto la necesidad de que el Estado funja como garante y regulador de los servicios públicos prestados por los particulares, a semejanza de lo que sucede en el ámbito administrativo. Por su parte, la responsabilidad del Estado por los cambios de línea jurisprudencial sirve para abrirle el camino, por primera vez, al régimen de responsabilidad objetivo en las actuaciones jurisdiccionales, en un ámbito distinto al de la privación injusta de la libertad.

BIBLIOGRAFÍA

- Ambos, K. (2002). *Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo*. Madrid: Marcial Pons.
- Ambos, K. (2013). Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional. *Cuadernos de Derecho Penal*, 95-140.
- Andaluz Vegacenteno, H. (2010). La posición constitucional del poder judicial. *Revista de Derechos de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 229-243.
- Anello, C. (2003). *Corte Penal Internacional*. Buenos Aires. Valencia: Editorial Universidad.
- Anzoátegui, I. (2013). Algunas consideraciones sobre las funciones del derecho de daños. En C. Bernal Pulido, & J. Fabra Zamora (Edits.), *La filosofía de la responsabilidad civil* (págs. 281-321). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Arango, R. (2013). Solidaridad, democracia y derechos. *Revista de Estudios Sociales*, 43-53.
- Araújo Oñate, R. M. (2011). Acceso a la justicia y tutela judicial efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. Visión de derecho comparado. *Revista de Estudios Socio - Jurídicos* (13), 1, 247 - 291.
- Ardant, G. (1956). *La responsabilidad del Estado por faltas de la función jurisdiccional*. Paris.
- Auto , Expediente 45.092 (Consejo de Estado 7 de septiembre de 2013).
- Beltrán Mora, L. N. (s.f.). Comunidad Andina y negocios internacionales: una visión desde su institucionalidad y supranacionalidad. *Revista escuela de administración y negocios*, 70-85.
- Benavides Casals, M. A. (2015). El efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 141-166.
- Bermúdez Muñoz, M. (1998). *Responsabilidad de los jueces y del Estado. La reparación de los daños antijurídicos causados por el funcionamiento de la administración y por el error judicial*. Bogotá: Librería del profesional.
- Bernal Pulido, C. (2006). *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Instituto de estudios constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita.

- Bernal Pulido, C., & Viana Cleves, M. J. (2015). La responsabilidad extracontractual del Estado por daños que le sean imputables con ocasión de los acuerdos de paz. En J. C. Henao, & A. F. Ospina Garzón (Edits.), *La responsabilidad extracontractual del Estado* (págs. 739-771). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Boggio, A. (2013). ¿A qué nos referimos cuando hablamos de "responsabilidad extracontractual"? Una aproximación sociojurídica al derecho de la responsabilidad. En C. Bernal Pulido, & J. Fabra Zamora, *La filosofía de la responsabilidad civil* (págs. 607-630). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Botero Aristizábal, L. F. (s.f.). El error jurisdiccional en el arbitraje nacional e internacional desde la óptica del derecho colombiano: ¿Implica el arbitraje una renuncia a la garantía indemnizatoria estatal de responder por los daños sufridos por los errores jurisdiccionales? (I Parte).
- Bullinger, M. (1976). *Derecho público y derecho privado*. Madrid: I.E.A.
- Cabellos Espiérrez, M. Á. (2014). Reforma constitucional y poder judicial: la perspectiva de la relación entre justicia y modelo de Estado. *Revista de Derecho Político*, 89, 135-174.
- Candia Falcón, G. (2015). El Estado de Derecho y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Dikaion*, 225-252.
- Cappelletti, M. (1982). ¿Quién vigila a los vigilantes? Estudio comparativo sobre la responsabilidad judicial. *Ponencia general sobre la responsabilidad judicial para el XI Congreso Internacional de Derecho Comparado*. Caracas: Universidad Externado de Colombia.
- Cárdenas Poveda, M., & Suárez Osma, Í. (2012). Aplicación de los criterios de reparación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias del Consejo de Estado Colombiano. *Opinión Jurídica*, 13, 33-48.
- Carvajal Martínez, J. (2015). Los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Colombia y la mirada de la justicia internacional. *Revista Prolegómenos*, 103-120.
- Caso 19 Comerciantes (Corte Interamericana de Derechos Humanos 5 de julio de 2004).

- Caso Cantoral Benavides (Corte Interamericana de Derechos Humanos 18 de agosto de 2000).
- Caso Durand y Ugarte (Corte Interamericana de Derechos Humanos 16 de agosto de 2002).
- Caso Las Palmeras (Corte Interamericana de Derechos Humanos 6 de diciembre de 2001).
- Cerra Jiménez, L. E. (s.f.). *Valor persuasivo del precedente en la Jurisdicción Contencioso Administrativa en Colombia*. Obtenido de <http://consejodeestado.gov.co>
- Christie, G. (2013). La intersección de la responsabilidad extracontractual y el derecho constituicional y los derechos humanos. En C. Bernal Pulido, & J. Fabra Zamora, *La filosofía de la responsabilidad civil* (págs. 591-608). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Coleman, J., & Mendlow, G. (2013). Las teorías de la responsabilidad extracontractual. En C. Bernal Pulido, & J. Fabra Zamora (Edits.), *La filosofía de la responsabilidad civil* (págs. 175-218).
- Comanducci, P. (2002). Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. *Isonomía No. 16*, 89-112.
- Comunicado de prensa Sentencia C-373 (Corte Constitucional 13 de julio de 2016).
- Correa Palacio, R. S. (2015). límites jurisprudenciales a la responsabilidad patrimonial del Estado. En J. Henao, & A. F. Ospina Garzón (Edits.), *La responsabilidad extracontractual del Estado* (págs. 843-868). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Couture, E. (1989). *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*. Buenos Aires: Ediciones Palma.
- Diez, M. (1971). *Derecho Administrativo* (Vol. V). Buenos Aires: Plus Ultra.
- Dromi, R. (1997). *Derecho administrativo* (6 ed.). Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.
- Dueñas Rugnon, R. (2008). *La responsabilidad del Estado por las actuaciones jurisdiccionales*. Bogotá D.C.: Colección textos de jurisprudencia.

Dueñas Ruíz, O. (2011). *Lecciones de hermenéutica jurídica* (sexta ed.). Bogotá: Universidad del Rosario.

Expediente 15.128 (Consejo de Estado 11 de septiembre de 2011).

Escobar López, E. (1996). *Responsabilidad del Estado por fallas de la administración de justicia*. Bogotá D.C.: Leyer.

Expediente 11.864 (Consejo de Estado 9 de marzo de 1998).

Expediente 1.285 (Consejo de Estado 4 de septiembre de 1997).

Expediente 1.459 (Consejo de Estado 16 de julio de 1981).

Expediente 1.574 (Consejo de Estado 20 de abril de 2005).

Expediente 10.022 (Consejo de Estado 10 de septiembre de 1997).

Expediente 10.056 (Consejo de Estado 17 de noviembre de 1995).

Expediente 10.285 (Consejo de Estado 4 de septiembre de 1997).

Expediente 10.285 (Consejo de Estado 4 de Septiembre de 1997).

Expediente 10.285 (Consejo de Estado 4 de septiembre de 1997).

Expediente 10.299 (Consejo de Estado 12 de diciembre de 1996).

Expediente 10.397 (Consejo de Estado 7 de mayo de 1998).

Expediente 10.421 (Consejo de Estado 25 de septiembre de 1997).

Expediente 10.625 (Consejo de Estado 12 de diciembre de 1996).

Expediente 10.635 (Consejo de Estado 12 de diciembre de 1996).

Expediente 10.923 (Consejo de Estado 2 de octubre de 1996).

Expediente 10.956 (Consejo de Estado 19 de marzo de 1998).

Expediente 10948-11643 (Consejo de Estado 21 de octubre de 1999).

Expediente 11.029 (Consejo de Estado 12 de diciembre de 1996).

Expediente 11.092 (Consejo de Estado 12 de septiembre de 1996).

Expediente 11.252 (Consejo de Estado 31 de agosto de 1999).

Expediente 11.372 (Consejo de Estado 13 de julio de 2005).

Expediente 11.413 (Consejo de Estado 25 de enero de 2001).

Expediente 11.613 (Consejo de Estado 25 de febrero de 1999).

Expediente 11.708 (Consejo de Estado 13 de agosto de 1998).

Expediente 11.712 (Consejo de Estado 1 de octubre de 1998).

Expediente 11.750 (Consejo de Estado 18 de septiembre de 1997).

Expediente 11.754 (Consejo de Estado 18 de septiembre de 1997).

Expediente 11.754 (Consejo de Estado 18 de septiembre de 1997).

Expediente 11.754 (Consejo de Estado 18 de septiembre de 1997).

Expediente 11.754 (Consejo de Estado 18 de septiembre de 1997).

Expediente 11.754 (Consejo de Estado 18 de septiembre de 1997).

Expediente 11.842 (Consejo de Estado 19 de julio de 2000).

Expediente 11.892 (Consejo de Estado 13 de abril de 2000).

Expediente 11.945 (Consejo de Estado 2000 de marzo de 2000).

Expediente 11.948 (Consejo de Estado 18 de octubre de 2000).

Expediente 11652 (Consejo de Estado 2 de octubre de 1997).

Expediente 12.123 (Consejo de Estado 17 de agosto de 2000).

Expediente 12.166 (Consejo de Estado 12 de septiembre de 2000).

Expediente 12.166 (Consejo de Estado 14 de septiembre de 2000).

Expediente 12.287 (Consejo de Estado 21 de febrero de 2002).

Expediente 12.647 (Consejo de Estado 11 de Octubre de 2001).

Expediente 12.648 (Consejo de Estado 10 de agosto de 2000).

Expediente 12.719 (Consejo de Estado 10 de mayo de 2001).

Expediente 12.835 (Consejo de Estado 6 de noviembre de 1997).

Expediente 12.955 (Consejo de Estado 23 de enero de 2003).

Expediente 13.086 (Consejo de Estado 19 de julio de 2001).

Expediente 13.164 (Consejo de Estado 22 de noviembre de 2001).

Expediente 13.168 (Consejo de Estado 4 de diciembre de 2006).

Expediente 13.169 (Consejo de Estado 22 de noviembre de 2001).

Expediente 13.257 (Consejo de Estado 20 de mayo de 2002).

Expediente 13.258 (Consejo de Estado 14 de agosto de 1997).

Expediente 13.275 (Consejo de Estado 5 de diciembre de 2007).

Expediente 13.375 (Consejo de Estado 10 de mayo de 2001).

Expediente 13.440 (Consejo de Estado 26 de febrero de 2009).

Expediente 13.475 (Consejo de Estado 10 de mayo de 2001).

Expediente 13.475 (Consejo de Estado 10 de mayo de 2001).

Expediente 13.543 (Consejo de Estado 30 de marzo de 2000).

Expediente 13.558 (Consejo de Estado 12 de diciembre de 2005).

Expediente 13.606 (Consejo de Estado 4 de abril de 2001).

Expediente 13.630 (Consejo de Estado 13 de septiembre de 2001).

Expediente 13.636 (Consejo de Estado 27 de abril de 2006).

Expediente 13.774 (Consejo de Estado 27 de noviembre de 2002).

Expediente 13.887 (Consejo de Estado 1 de marzo de 2006).

Expediente 14.022 (Consejo de Estado 5 de mayo de 2005).

Expediente 14.253 (Consejo de Estado 5 de agosto de 2004).

Expediente 14.318 (Consejo de Estado 14 de julio de 2004).

Expediente 14.397 (Consejo de Estado 28 de noviembre de 2002).

Expediente 14.399 (Consejo de Estado 28 de enero de 1999).

Expediente 14.399 (Consejo de Estado 28 de enero de 1999).

Expediente 14.774 (Consejo de Estado 29 de noviembre de 2004).

Expediente 15.088 (Consejo de Estado 22 de abril de 2002).

Expediente 15.128 (Consejo de Estado 5 de diciembre de 2007).

Expediente 15.138 (Consejo de Estado 1 de marzo de 2006).

Expediente 15.247 (Consejo de Estado 20 de abril de 2005).

Expediente 15.350 (Consejo de Estado 4 de diciembre de 2006).

Expediente 15.351 (Consejo de Estado 4 de diciembre de 2006).

Expediente 15.432 (Consejo de Estado 29 de noviembre de 2006).

Expediente 15.441 (Consejo de Estado 30 de marzo de 2006).

Expediente 15.463 (Consejo de Estado 2 de mayo de 2007).

Expediente 15.528 (Consejo de Estado 18 de octubre de 2007).

Expediente 15.552 (Consejo de Estado 4 de diciembre de 2006).

Expediente 15.571 (Consejo de Estado 4 de diciembre de 2006).

Expediente 15.576 (Consejo de Estado 2 de mayo de 2007).

Expediente 15.654 (Consejo de Estado 4 de junio de 2008).

Expediente 15.724 (Consejo de Estado 30 de agosto de 2007).

Expediente 15.980 (Consejo de Estado 20 de febrero de 2008).

Expediente 16.057 (Consejo de Estado 8 de octubre de 2007).

Expediente 16.077 (Consejo de Estado 4 de diciembre de 2006).

Expediente 16.079 (Consejo de Estado 27 de abril de 2006).

Expediente 16.149 (Consejo de Estado 5 de diciembre de 2005).

Expediente 16.205 (Consejo de Estado 10 de agosto de 2005).

Expediente 16.347 (Consejo de Estado 5 de diciembre de 2006).

Expediente 16.413 (Consejo de Estado 13 de junio de 2013).

Expediente 16.421 (Consejo de Estado 6 de marzo de 2007).

Expediente 16.533 (Consejo de Estado 13 de agosto de 2008).

Expediente 16.594 (Consejo de Estado 14 de agosto de 2008).

Expediente 16.696 (Consejo de Estado 3 de mayo de 2007).

Expediente 16.902 (Consejo de Estado 26 de marzo de 2008).

Expediente 16.974 (Consejo de Estado 8 de julio de 2009).

Expediente 17.301 (Consejo de Estado 11 de agosto de 2010).

Expediente 17.318 (Consejo de Estado 11 de febrero de 2009).

Expediente 18.846 (Consejo de Estado 26 de marzo de 2008).

Expediente 1808 (Consejo de Estado 31 de julio de 1976).

Expediente 19.123 (Consejo de Estado 27 de abril de 2008).

Expediente 19.731 (Consejo de Estado 8 de febrero de 1999).

Expediente 19957 (Consejo de Estado 4 de Mayo de 2011).

Expediente 1996 (Consejo de Estado 2 de octubre de 1996).

Expediente 20.601 (Consejo de Estado 11 de septiembre de 2013).

Expediente 21.120 (Consejo de Estado 24 de febrero de 2005).

Expediente 21.380 (Consejo de Estado 29 de marzo de 2012).

Expediente 22.581 (Consejo de Estado 24 de julio de 2012).

Expediente 24.141 (Consejo de Estado 24 de mayo de 2012).

Expediente 24.841 (Consejo de Estado 24 de mayo de 2012).

Expediente 2462 (Consejo de Estado 5 de marzo de 1981).

Expediente 25.020 (Consejo de Estado 3 de mayo de 2007).

Expediente 25.022 (Consejo de Estado 28 de agosto de 2013).

Expediente 26.036 (Consejo de Estado 22 de febrero de 2007).

Expediente 2676 (Consejo de Estado marzo de 24 de 1982).

Expediente 27.798 (Consejo de Estado 9 de marzo de 2016).

Expediente 27.862 (Consejo de Estado 1 de octubre de 2014).

Expediente 28.134 (Consejo de Estado 29 de julio de 2013).

Expediente 29.299 (Consejo de Estado 24 de febrero de 2016).

Expediente 30.542 (Consejo de Estado 14 de marzo de 2016).

Expediente 30.817 (Consejo de Estado 2007).

Expediente 33.715 (Consejo de Estado 10 de febrero de 2016).

Expediente 3340 (Consejo de Estado 23 de mayo de 1985).

Expediente 34.212 (Consejo de Estado 24 de febrero de 2016).

Expediente 34.796 (Consejo de Estado 24 de febrero de 2016).

Expediente 3416 (Consejo de Estado 22 de marzo de 1982).

Expediente 35.215 (Consejo de Estado 9 de marzo de 2016).

Expediente 35.254 (Consejo de Estado 24 de febrero de 2016).

Expediente 35.264 (Consejo de Estado 10 de febrero de 2016).

Expediente 36.083 (Consejo de Estado 1 de agosto de 2016).

Expediente 36.343 (Consejo de Estado 25 de febrero de 2016).

Expediente 36.621 (Consejo de Estado 9 de marzo de 2016).

Expediente 36.832 (Consejo de Estado 24 de febrero de 2016).

Expediente 37.088 (Consejo de Estado 14 de marzo de 2016).

Expediente 37.893 (Consejo de Estado 29 de febrero de 2016).

Expediente 37.972 (Consejo de Estado 1 de agosto de 2016).

Expediente 37.989 (Consejo de Estado 14 de septiembre de 2016).

Expediente 38.044 (Consejo de Estado 30 de marzo de 2016).

Expediente 39.241 (Consejo de Estado 1 de agosto de 2016).

Expediente 39.524 (Consejo de Estado 29 de febrero de 2016).

Expediente 39.580 (Consejo de Estado 30 de marzo de 2016).

Expediente 39.684 (Consejo de Estado 14 de marzo de 2016).

Expediente 39.694 (Consejo de Estado 30 de marzo de 2016).

Expediente 39.818 (Consejo de Estado 9 de marzo de 2016).

Expediente 4.493 (Consejo de Estado 30 de enero de 1987).

Expediente 40.209 (Consejo de Estado 30 de marzo de 2016).

Expediente 40.745 (Consejo de Estado 10 de agosto de 2016).

Expediente 40.972 (Consejo de Estado 10 de agosto de 2016).

Expediente 41.135 (Consejo de Estado 9 de marzo de 2016).

Expediente 41.147 (Consejo de Estado 30 de marzo de 2016).

Expediente 41.491 (Consejo de Estado 14 de julio de 2016).

Expediente 42.721 (Consejo de Estado 4 de junio de 2008).

Expediente 48.842 (Consejo de Estado 1 de febrero de 2016).

Expediente 5331 (Consejo de Estado 6 de marzo de 1992).

Expediente 5451 (Consejo de Estado 24 de mayo de 1990).

Expediente 6.014 (Consejo de Estado 5 de julio de 1991).

Expediente 6.750 (Consejo de Estado 17 de julio de 1992).

Expediente 6.805 (Consejo de Estado 9 de abril de 1992).

Expediente 6023 (Consejo de Estado 15 de mayo de 1992).

Expediente 6380 (Consejo de Estado 8 de noviembre de 1991).

Expediente 6779 (Consejo de Estado 26 de junio de 1992).

Expediente 7.687 (Consejo de Estado 11 de julio de 1995).

Expediente 7058 (Consejo de Estado 1 de octubre de 1992).

Expediente 7736 (Consejo de Estado 3 de junio de 1993).

Expediente 7869 (Consejo de Estado 13 de agosto de 1993).

Expediente 8210 (Consejo de Estado 30 de agosto de 1993).

Expediente 868 (Consejo de Estado 10 de noviembre de 1967).

Expediente 9.544 (Consejo de Estado 21 de octubre de 1999).

Expediente 9.550 (Consejo de Estado 9 de febrero de 1995).

Expediente 9.751 (Consejo de Estado 26 de junio de 1997).

Expediente 9143 (Consejo de Estado 22 de agosto de 1996).

Expediente 951.068 (Consejo de Estado 27 de noviembre de 2003).

Expediente 9544 (Consejo de Estado 21 de octubre de 1999).

Expediente R-012 (Consejo de Estado 16 de diciembre de 1987).

Expediente. 13.745 (Consejo de Estado 23 de agosto de 2000).

Expeiente 15.814 (Consejo de Estado 27 de octubre de 2005).

Exppediente 9734 (Consejo de Estado 30 de junio de 1994).

- Fabra Zamora, J. (2013). Estudio introductorio del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual. En C. Bernal Pulido, & J. Fabra Zamora, *La Filosofía de la Responsabilidad Civil* (págs. 21-117). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Fernández Riveira, R. M. (2014). ¿Regeneración democrática? Algunas reflexiones sobre la nueva Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio. de reforma del Consejo General del Poder Judicial. *Revista de Derecho Político*, 137-182.
- Ferrajoli, L. (2001). Pasado y futuro del Estado de Derecho. *Seminario Cambio de paradigma en filosofía* (págs. 13-29). Madrid: Fundación Juan March.
- Galdós, J. M. (s.f.). Nuevos daños a las personas. Daños a la vida e relación, daño biológico, sexual. Obtenido de www.colegiodeabogadosazul.org.ar
- García Amado, J. (2013). Razones para una teoría normativista de la responsabilidad civil extracontractual. En C. Bernal Pulido, & J. Fabra Zamora (Edits.), *La filosofía de la responsabilidad civil* (págs. 253-279). Bogotá D.C.: Universidad Externado.
- García de Enterría, E., & Ramón Fernandez, T. (1993). *Curso de derecho administrativo* (4 ed., Vol. II). Madrid: Civitas.
- Gargarella, R. (2012). *Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Gil Botero, E. (2013). La teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual del Estado. En C. Bernal Pulido, & J. Fabra Zamora, *La filosofía de la resposabilidad extracontractual* (págs. 471-511). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Giménez Gluck, D. (2014). El gobierno del poder judicial y la separación de poderes en la nueva constitución británica. *Teoría y realidad constitucional*, 34, 447-472.
- Graziadei, M. (2015). Responsabilidad del Estado frente a los particulares por la violación del derecho de la Unión Europea. En J. C. Henao, & A. F. Ospina Garzón (Edits.), *La responsabilidad extracontractual del Estado* (págs. 335-348). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

- Henao, J. (2007). *Le dommage. Analyse á partir de la responsabilité civile extracontractuelle de l'État en droit colombien et en droit francais*. París: Universidad de París 2 Panthéon-Assas.
- Henao, J. (2015). Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. En J. Henao, & A. F. Ospina Garzón (Edits.), *La responsabilidad extracontractual del Estado* (págs. 32-116). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Hernández Martín, V., Azpeitia Gamazo, F., & Villalvilla Muñoz, J. M. (1994). *El error judicial. Procedimientos para su declaración e indemnización*. Madrid: Civitas.
- Honoré, A. (2013). La moralidad del derecho de la responsabilidad civil extracontractual: preguntas y respuestas. En C. Bernal Pulido, & J. Fabra Zamora (Edits.), *La Filosofía de la Responsabilidad Civil* (págs. 122-151). Bogotá: Externado de Colombia.
- Hoyos Duque, R. (1997). La responsabilidad del Estado y de los jueces por la actividad jurisdiccional en Colombia. *Revista Vasca de Administración Pública*.
- Hoyos, M. (2012). *El humbral de gravedad suficiente del artículo 17 (1) (d) del Estatuto de Roma*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Jellinex, G. (1970). *Teoría General del Estado*. (F. De los Rios, Trad.) Santiago de Chile: LexisNexis.
- Jiménez, W. G. (2013). Origen y evolución de las teorías sobre responsabilidad estatal. *Diálogos de saberes*, 63-78.
- Lancheros Gámez, J. C. (2009). Del Estado liberal al Estado Constitucional. Implicaciones en la comprensión de la dignidad humana. *Dikaion*, (23)18, 247-267.
- Latorre González, I. (2015). *El juez administrtrivo colombiano ¿un actor influyente en el fortalecimiento del Estado social y constitucional de derecho?* Bogotá D.C.: Universidad del Rosario.
- Lisa, F. J. (2008). La responsabilidad hacia la administración pública: responsabilidad y deberes públicos. *Revista de Derecho*, 43-52.

- López Medina, D. E. (2006). *El derecho de los jueces*. Bogotá D.C.: Universidad de los Andes.
- M´Causland Sánchez, M. C. (2013). Responsabilidad del Estado por daños causados por actos violentos de terceros. En C. Bernal Pulido, & J. Fabra Zamora, *la filosofía de la responsabilidad civil* (págs. 513-588). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- M´causland Sánchez, M. C. (2015). Responsabilidad objetiva del Estado: tendencias, deseos y realidades. En J. C. Henao, & A. F. Ospina Garzón (Edits.), *La responsabilidad extracontractual del Estado* (págs. 181-233). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Madison, J. (5 de octubre de 1786). Carta de Madison a James Monroe. *The papers of Alexander Hamilton*.
- Malagón Pinzón, M. (2012). *Los modelos de control administrativo en Colombia (1811 - 2011)* (primera ed.). Bogotá, Colombia: Ediciones Uniandes.
- Marbury Vs. Madicon, 137 (1803) (5 S.u.).
- Marienhoff, M. (s.f.). *Tratado de Derecho Administrativo* (Vol. IV). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Mastaglia, G. T. (2016). Jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia: análisis de los casos entablados contra Chile. *ARS Bonit Et Aequi*, 147-170.
- Mejía, O. (2012). Populismo, Estado autoritario y democracia radical en América Latina. En G. Hoyos, E. Pastrana, & M. Marquez (Edits.), *El eterno retorno del populismo en América Latina y el Caribe* (págs. 35-68). Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana.
- Montaña Pinto, J. M. (2012). presentación para Ecuador. En R. Gargarella, *La justicia frente al gobierno* (págs. 21-26). Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional para el Período de Transición.
- Morales Molina, H. (2014). *Técnica de casación civil*. Bogotá D.C.: Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, colección clásicos.
- Moreno, J. D. (2015). ¿Qué justicia queremos? Esencia y existencia del poder judicial. *Teoría y Realidad Constitucional*, 36, 283-310.

- Murcia Ballén, H. (1999). *Recurso de casación civil*. Bogotá D.C.: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Nino, C. S. (1992). *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- O'Donnell, G. (197). *Contrapunts: ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*. . Buenos Aires: Paidón.
- Olano García, H. A. (2016). Teoría del Control de Convencionalidad. *Estudios Constitucionales*, 61-94.
- Ospina Garzón, A. F. (2015). Presentación: la responsabilidad del Estado y el Estado de derecho en Colombia. En J. Henao, & A. F. Ospina Garzón (Edits.), *La responsabilidad extracontractual del Estado* (págs. 13-26). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Otálora Lozano, G. (2011). El alcance limitado de la obligación internacional de sancionar las violaciones graves de los Derechos Humanos. *Revista de Derecho Público*, 1-39.
- Páez Murcia, Á. M. (2005). Aplicabilidad de la teoría de la división de poderes en la actualidad: estudio comparado de sistema de controles que se ejercen sobre la rama ejecutiva del poder público en algunos Estados de Latinoamérica. *Dikaion 19(14)*, 153-178.
- Papayannis, D. M. (2013). Derechos y deberes de indemnidad. En C. Bernal Pulido, & J. Fabra Zamora (Edits.), *La filosofía de la responsabilidad civil* (págs. 383-417). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Patiño Domínguez, H. E. (2015). El trípode o el bípode: la estructura de la responsabilidad. En J. C. Henao, & A. F. Ospina Garzón (Edits.), *La responsabilidad extracontractual del Estado* (págs. 165-180). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Peláez Gutiérrez, J. C. (2015). Los límites constitucionales de la intervención legislativa en el derecho de la responsabilidad extracontractual del Estado: ¿una cuestión bastante compleja! En J. C. Henao, & A. F. Ospina Garzón (Edits.), *La responsabilidad extracontractual del Estado* (págs. 779-842). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

- Pezzano, L. (2015). Control de constitucionalidad de los actos de los órganos de las Naciones Unidas: una aproximación desde la perspectiva de la Corte Internacional de Justicia. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 47-91.
- Pimiento, J. A. (2016). Responsabilidad o solidaridad. El fundamento del deber de reparar en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado. *Revista de Derechos Público* (36), 1-43.
- Plata López, L. C., & Yepes Ceballos, D. (2009). Naturaleza jurídica de las normas comunitarias andinas. *Revista de Derecho*, 196-223.
- Prieto Sanchis, L. (2003). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 81-112.
- Quinche Ramírez, M. F. (2013). *El control de constitucionalidad*. Bogotá D.C.: Universidad del Rosario.
- Quiroga, F., Ibarzábal, M., & Abbondaza, B. (2015). El bien común como fundamento de la responsabilidad del Estado. *Prudentia Iuris*, 79, 222-248.
- Ramelli, A. (2015). Responsabilidad extracontractual del Estado por la ejecución de tratados y sentencias internacionales. En J. C. Henao, & A. F. Ospina Garzón (Edits.), *La responsabilidad extracontractual del Estado* (págs. 347-386). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Rangel Romero, X. G. (2015). La indemnización por error judicial: El derecho olvidado al imputado dentro de la reforma constitucional en materia de seguridad y justicia de 2008. *Revista de El Colegio de San Luis*, 204-220.
- Rincón Córdoba, J. I. (2015). Límites orgánicos de la responsabilidad del Estado. En J. C. Henao, & A. F. Ospina Garzón (Edits.), *La responsabilidad extracontractual del Estado* (págs. 127-162). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Rivero, J. (1984). *Derecho administrativo* (9 ed.). Caracas: Universidad Central de Venezuela.
- Ruiz Orejuela, W. (2010). *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*. Bogotá D.C.: ECOE Ediciones.

Ruiz Orejuela, W. (2011). *Responsabilidad del Estado Legislador*. Bogotá: Universidad Libre.

Sagües, N. P. (2010). Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios Constitucionales*, 117-136.

Sala de Casación Civil (Corte Suprema de Justicia 23 de febrero de 1988).

Sala de Casación Civil (Corte Suprema de Justicia 20 de mayo de 1991).

Sala de Casación Civil (Corte Suprema de Justicia 11 de marzo de 1993).

Sala de Casación Civil (Corte Suprema de Justicia 20 de noviembre de 1995).

Sala Penal (Corte Suprema de Justicia 29 de julio de 1993).

Sánchez, A. (2004). *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Sandoval Garrido, D. A. (2013). Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas. *Revista de Derecho Privado*, 25, 235-271.

Sandoval Mesa, J. A. (2013). Elementos de persecución internacional del delito y estado actual de admisibilidad ante la Corte Penal Internacional en el caso colombiano. *Revista Prolegómenos*, 31-47.

Senencia T-125 (Corte Constitucional 14 de marzo de 1994).

Senencia C-032 (Corte Constitucional 23 de enero de 2008).

Senencia C-037 (Corte Constitucional 5 de febrero de 1996).

Senencia C-038 (Corte Constitucional 1 de febrero de 2006).

Senencia C-053 (Corte Constitucional 10 de febrero de 2016).

Senencia C-163 (Corte Constitucional 17 de Marzo de 1999).

Senencia C-221 (Corte Constitucional 4 de Mayo de 2016).

Senencia C-237 (Corte Constitucional 20 de mayo de 1997).

Sentencia C-247 (Corte Constitucional 27 de Mayo de 1997).

Sentencia C-248 (Corte Constitucional 21 de abril de 1999).

Sentencia C-330 (Corte Constitucional 22 de marzo de 2000).

Sentencia C-333 (Corte Constitucional 12 de agosto de 1993).

Sentencia C-339 (Corte Constitucional 4 de junio de 2014).

Sentencia C-417 (Corte Constitucional 8 de julio de 1993).

Sentencia C-431 (Corte Constitucional 28 de Septiembre de 1995).

Sentencia C-459 (Corte Constitucional 11 de mayo de 2004).

Sentencia C-557 (Corte Constitucional 31 de Mayo de 2001).

Sentencia C-793 (Corte Constitucional 4 de noviembre de 2009).

Sentencia C-836 (Corte Constitucional 9 de Agosto de 2001).

Sentencia de unificación (Consejo de Estado 29 de agosto de 2014).

Sentencia de Unificación 23.354 (Consejo de Estado 17 de octubre de 2013).

Sentencia de Unificación 26.251 (Consejo de Estado 28 de agosto de 2014).

Sentencia de Unificación 28.834 (Consejo de Estado 28 de agosto de 2014).

Sentencia de Unificación 31.170 (Consejo de Estado 28 de agosto de 2014).

Sentencia de Unificación 31.172 (Consejo de Estado 28 de agosto de 2014).

Sentencia de Unificación 36.460 (Consejo de Estado 26 de septiembre de 2013).

Sentencia SU-047 (Corte Constitucional 29 de enero de 1999).

Sentencia SU-1184 (Corte Constitucional 13 de noviembre de 2001).

Sentencia SU-174 (Corte Constitucional 14 de Marzo de 2007).

Sentencia SU-327 (Corte Constitucional 27 de julio de 1995).

Sentencia SU-837 (Corte Constitucional 9 de Octubre de 2002).

Sentencia T-058 (Corte Constitucional 2 de febrero de 2009).

Sentencia T-085 (Corte Constitucional 16 de febrero de 2009).

Sentencia T-107 (Corte Constitucional 15 de febrero de 2007).

Sentencia T-1094 (Corte Constitucional 27 de Octubre de 2005).

Sentencia T-1125 (Corte Constitucional 27 de noviembre de 2003).

Sentencia T-173 (Corte Constitucional 1993).

Sentencia T-180 (Corte Constitucional 27 de marzo de 2014).

Sentencia T-272 (Corte Constitucional 6 de mayo de 2014).

Sentencia T-350 (Corte Constitucional 2 de mayo de 2003).

Sentencia T-355 (Corte Constitucional 20 de junio de 2013).

Sentencia T-466 (Corte Constitucional 9 de Junio de 2011).

Sentencia T-496 (Corte Constitucional 26 de septiembre de 1996).

Sentencia T-520 (Corte Constitucional 26 de junio de 2003).

Sentencia T-575 (Corte Constitucional 10 de diciembre de 1993).

Sentencia T-617 (Corte Constitucional 13 de Diciembre de 1995).

Sentencia T-617 (Corte Constitucional 13 de Diciembre de 1995).

Sentencia T-715 (Corte Constitucional 13 de septiembre de 2012).

Sentencia T-717 (Corte Constitucional 13 de Septiembre de 2012).

Sentencia T-740 (Corte Constitucional 25 de septiembre de 2012).

Sentencia T-958 (Corte Constitucional 4 de julio de 2012).

Sentencia C-150 (Corte Constitucional 19 de marzo de 1997).

- Streck, L. L. (2014). Poder judicial y constitucionalismos democrático: la necesidad de una teoría de la decisión judicial para preservar la autonomía del derecho. *Estudios Constitucionales*, 29-54.
- Suárez Hernández, D. (1997). La responsabilidad patrimonial del Estado por daños causados con el funcionamiento anormal de la administración de justicia. *Revista de Derecho Privado*, 3-37.
- Suárez Hernández, D. (s.f.). Responsabilidad patrimonial del Estado derivada del error judicial y del funcionamiento anormal del servicio público de justicia. 153.174.
- Suárez, P. (2013). Acerca de los fundamentos morales de la responsabilidad extracontractual. En C. Bernal Pulido, & J. Fabra Zamora (Edits.), *La Filosofía de la responsabilidad civil* (págs. 154-172). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Tamayo Jaramillo, J. (1795). *La decisión judicial. T.II*. Bogotá D.C.: Biblioteca Jurídica Dike.
- Tapia Fernández, I. (2013). La responsabilidad patrimonial del estado por la actuación de la administración de justicia en el ordenamiento jurídico español. *Justicia*, 69-159.
- Tolosa Villabona, L. A. (2008). *Teoría y Técnica de la Casación*. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley.
- Truchet, D. (2015). La evolución de la responsabilidad en el derecho francés. En J. C. Henao, & A. F. Ospina Garzón (Edits.), *La responsabilidad Extracontractual del Estado* (págs. 317-332). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Uprimny, L. (1964). La responsabilidad civil del Estado por faltas de órganos judiciales. *Revista Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario*.
- Uprimny, R. (1997). *Estado social de derecho y decisión judicial correctiva: un intento de recapitulación de los grandes modelos de interpretación jurídica*. Bogotá.
- Urueta, M. (2009). Evolución de la jurisdicción contencioso administrativa en el derecho colombiano. En M. Restrepo (Ed.), *Retos y perspectivas del derecho administrativo*. Bogotá: Universidad del Rosario.

- Valvuenena Hernández, G. (2015). Responsabilidad del Estado por defraudación de la confianza legítima: esbozos de una temática en construcción. En J. C. Henao, & A. F. Ospina Garzón (Edits.), *La Responsabilidad extracontractual del Estado* (págs. 707-738). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Vedel, G. (1990). *Derecho administrativo*. Madrid: Aguilar.
- Velasco Suárez, D. (2014). Fundamentos de la Responsabilidad del Estado y del funcionario. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, 95-123.
- Ventura, M. (2007). *Estudio sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Victoria Ochoa, D. F. (2007). *Hermenéutica y realidad sociojurídica*. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público - Procuraduría General de la Nación.
- Weinrib, E. (2013). Responsabilidad extracontractual como justicia correctiva. En C. Bernal Pulido, & J. Fabra Zamora (Edits.), *La filosofía de la responsabilidad civil* (págs. 325-334). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Wiesner, E. (2009). La economía política de la justicia distributiva en Colombia. *Desarrollo y Sociedad*, 117-163.
- Zagrebelsky, G. (2005). *El Derecho Dúctil* (6ta ed.). Madrid: Trotta.
- Zamboni, M. (2008). *Law and politics. A dilemma for Contemporary Legal Theory*. . Berlin Heidelberg: Springer-Verlag.
- Zambrano Cetina, W. (2011). Fundamentos y objetivos de la reforma del libro primero del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. *Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011*. Bogotá D.C.: Consejo de Estado.
- Zamora, L. A. (2007). Algunas reflexiones entorno a la Reparación por satisfacción ante violaciones de normas de protección de Derechos Humanos y su relación con la Teoría General de la Responsabilidad Internacional del Estado. *American University International Law Review*, 23, 165-194.

Zemborain, L. (s.f.). Una teoría de justicia distributiva para interacciones sociales y de mercado. *Cultura económica*, 64-79.

Zipursky, B. (2013). La filosofía de la responsabilidad extracontractual: entre lo esotérico y lo banal. En C. Bernal Pulido, & J. Fabra Zamora (Edits.), *La filosofía de la responsabilidad civil* (págs. 220-252). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

Zúñiga Schroder, H. (2012). Interpretación prejudicial en procedimientos de arbitraje en los regímenes andino y europeo. *evista de Economía y Derecho*, 103-123.

Zúñiga Urbina, F. (2008). La acción de indemnización por error judicial. Reforma constitucional. Regulación infraconstitucional y jurisprudencia. *Estudios Constitucionales*, 15-41.