

La presunción de dolo y de culpa grave en la acción de repetición contra el servidor público: un desborde del legislador

LUIS EDUARDO MONTOYA MEDINA
Profesor Asociado, Universidad
Nacional de Colombia

RESUMEN

La presunción de dolo y de culpa grave descritas en la Ley 678 de 2001 son inconstitucionales, pues violan principios como la presunción de inocencia y el debido proceso. El argumento central para defender la tesis señalada se basa en que, en materia de repetición, es indiferente obrar con dolo o con culpa grave. Esto no ocurre en otras áreas del derecho sancionatorio, como el derecho penal, donde actuar con dolo o culpa si es significativo. El artículo 90 de la Constitución equipara el dolo y la culpa grave cuando se trata de repetición.

ABSTRACT

The fraud and grave negligence presumption in the Act 678, 2001, is unconstitutional because it violates principles such as presumption of innocence and due process. The argument to defend this theory is that—in matter of repetition—it is indifferent to act with fraud or grave negligence. It does not happen in other punishment law branches such as penal law, where acting with fraud or negligence is significant. Article 90 in the Constitution equals fraud to grave negligence in cases of repetition.

1. Todavía hoy el art. 77 del CCA dice: "Sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a la nación y a las autoridades territoriales o descentralizadas, o a las privadas que cumplan funciones públicas, los funcionarios serán responsables de los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones. Y el art. 78, al tratar sobre otros aspectos, aun dice: "Los perjudicados podrán demandar, ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo según las reglas generales, a la entidad, al funcionario o a ambos. Si prospera la demanda contra la entidad o contra ambos y se considera que el funcionario debe responder, en todo o en parte, la sentencia dispondrá que satisfaga los perjuicios la entidad. En este caso la entidad repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiere".

2. Suponemos, en ejercicio de la interpretación semántica y literal, que no se trata de una disyuntiva sino de una conjunción.

perspectiva desde la cual generamos estos comentarios con pretensiones en la argumentación sistemática.

3. La tesis de la doctrina constitucional establecida en la sentencia 1°-100 de 2001,

Procede preguntarse en el campo de la responsabilidad del servidor público para los fines de la acción de repetición, teniendo presente que la Carta Política de 1991 la derivó de su conducta dolosa o gravemente culposa, ¿cuáles son las posibilidades del legislador para generar distinciones o definiciones separadas respecto de esa forma de culpabilidad y, más aún, para instituir presunciones de una y otra, abiertas o cerradas, como lo hizo en la Ley 678 de agosto de 2001?

Estimamos que en esa materia, vista desde la preceptiva constitucional, el Congreso desbordó sus atribuciones cuando estableció presunciones de dolo y de culpa grave en la Ley 678, como cuando las separó conceptualmente aunque hubiera podido estructurar una noción específica del dolo, resultando innecesaria por inconstitucional y redundante su definición de la culpa grave, como procederemos a sustentarlo.

I. Apreciaciones generales

1. Al tenor del art. 20 de la Constitución de 1886, según el cual "los particulares no son responsables ante las autoridades sino por la infracción de la Constitución y de las leyes" y "los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio", de las tesis jurisprudenciales, doctrinales patrias y extranjeras, el Consejo de Estado decantó, tras varios años de trabajo jurisprudente, la responsabilidad del Estado; labor que ha marcado sucesivos acompasamientos con las tesis del servicio público y de la disfunción de las tareas públicas atribuidas al Estado y a sus agentes, con notas tomadas de las especies de la responsabilidad de los particulares (del derecho común o del derecho civil) y luego estructuradas bajo criterios y formas propias, cuando se estimó que la responsabilidad estatal en general y de sus servidores en particular, debían obedecer a instituciones propias del derecho público.

difiere de la siguiente manera: "De acuerdo con el régimen de responsabilidad del Estado y de sus agentes estatuido por el artículo 90 de la Carta Política, el Estado, como titular del

servicio o función pública, es quien tiene la obligación principal de reparar completamente la lesión antijurídica causada. Por lo tanto, el particular lesionado no está autorizado para

Aunque no sea este el lugar para hacer un detalle de aquellas y de éstas, el constituyente de 1991, en el art. 90 de la codificación fundamental, reprodujo el citado texto de 1886 con variaciones intrascendentes, en cuanto corresponden a las mutaciones nominativas del "nuevo orden" y, por lo tanto, ahora leemos que "los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones". Pero también con el art. 90 ídem dispuso que "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas", lo que ha permitido hablar de la responsabilidad objetiva del Estado.

2. El tema, como se viene diciendo, no es una novedad emergida con la Constitución de 1991 pues ya desde 1984 en el CCA el legislador lo había regulado bajo la hipótesis de la "responsabilidad conexa", materia de los arts. 77 y 78 del D.L. 01 de 1984 o Código Contencioso Administrativo¹; objeto de pronunciamiento de exequibilidad por la Corte Suprema de Justicia en su sentencia del 2 de mayo de 1985 respecto de la expresión: los "funcionarios serán responsables de los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones"; donde, a falta de una especificación al respecto, es palmaria su identificación con el sistema de derecho privado de 1873 (Código Civil) equiparando legislativamente el dolo y la culpa grave². Así la responsabilidad del funcionario se atribuyó procesalmente a conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa según las reglas generales, pudiéndose demandar al Estado o al funcionario o a ambos³ y, según el art. 78 del CCA, aunque su aspecto procedimental genera algunas dudas si se consideraba que el funcionario debía responder o no, en todo o en parte, puesto que se prevenía que la sentencia dispondría satisfacer los

exigir directamente al agente el pago por los perjuicios causados, pues es el Estado quien, luego de reparar el daño, tiene el deber constitucional de repetir contra este"

perjuicios por la Entidad pública. "En este caso la entidad repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiere", señala el texto, introduciendo la acción de repetición contra el funcionario público, que fue así una creación legislativa, sin duda con apoyo en la Carta de 1886. De su consagración legislativa, avalada por la Corte Suprema de Justicia, históricamente pasaríamos en 1991 a su consagración constitucional de modo amplio en las normas de la función pública y expresamente en el inciso 2º del art. 90.

En vigencia de la Carta actual, el legislador de 1998 volvió a ocuparse del asunto de la acción de repetición para establecerla como una especie de la acción de reparación directa, de consuno con la Ley 446, por cuanto se indicó que: "Las entidades públicas deberán promover la misma acción (reparación directa) cuando resulten condenadas o hubieren conciliado por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o ex servidor público que no estuvo vinculado al proceso respectivo, o cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad Pública"⁴. Se impuso como obligación promover la acción so pena de las responsabilidades funcionales correspondientes y al Ministerio Público desde 1998, "solicitar la vinculación al proceso de los servidores o ex servidores públicos que, con su conducta dolosa o gravemente culposa, hayan dado lugar a la presentación de demandas que pretenden la reparación patrimonial a cargo de cualquier entidad pública"⁵.

Su más reciente hito se atribuye a la expedición de la Ley 678 con el propósito de "reglamentar la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado, a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición", de la cual hacen parte las normas objeto de estas líneas, en tanto se define el dolo para estos fines, la culpa grave, y se establecen hechos de los cuales se presumen el dolo y la culpa grave del servidor público.

3. Los originales desarrollos legislativos de 1984 no contaban con un criterio constitucional expreso en la materia de la repetición del Estado contra el servidor o ex servidor suyo, puesto que el texto donde pudiera atribuirse era el del art. 20 de la Carta de 1886, según el cual "los particulares no son responsables sino por infracción de la Constitución y de las leyes. Los funcio-

narios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas", que había permanecido inalterado pero permitiendo los desarrollos jurisprudenciales de la responsabilidad del Estado, mediante su combinación con el art. 16 de la misma Carta, según la reforma del art. 9 del A. L. No. 1 de 1936, estableciendo que "las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares", aplicando los principios del *iura novit curia* y de la distribución equitativa de las cargas públicas.

De manera análoga se procedía a partir de legislación especial como el art. 40 del C. de P. Civil luego sustituido por la ley estatutaria respecto de la función jurisdiccional y el art. 414 del D.L. 2700 de 1991, en tanto definían las fuentes de la responsabilidad estatal respecto de precisas hipótesis de la administración de justicia. Si las normas estaban dispersas, se inspiraban en un principio común; diríamos que para cada rama del poder público en particular, sin un texto supremo como el vigente art. 90 constitucional, por lo que el ciclo se cerró en 1991. Ello se funda en muchas razones históricas que no es pertinente considerar en este escrito, correspondientes a la evolución de la responsabilidad estatal y de sus agentes, puesto que la concepción asentada en el inciso 2º del art. 90 de la C.P. de 1991 ya inspiraría a los legisladores posteriores en 1998 y 2001, que lo deben tener como paradigma jurídico, por el cual el Estado, ante el daño antijurídico responde *objetivamente* y las personas naturales *subjetivamente*, respecto de sus deberes funcionales (responsabilidad disciplinaria, fiscal), penal (en la cual está proscrita de modo expreso la responsabilidad objetiva) y en lo civil (donde la tesis del riesgo es una modificación de la carga probatoria).

4. Apoyados en la Carta Política, especialmente en el inciso 2º del art. 90, diremos que quedan descartadas en la acción de repetición las imputaciones *objetivas de responsabilidad del agente estatal* ante su contenido y sus referencias expresas a nociones subjetivas de responsabilidad de los servidores públicos, como lo precisa el art. 6 constitucional y lo reiteran los arts. 122 y 123 en particular, diciendo que "la ley determinara la responsabi-

4. Art. 31, Ley 446.

5. Art. 35 modificando el art. 19 del Decreto 2304 de 1989, que había modificado el original art. 135 del D.L. 01 de 1984.

6. ¿Se podrá dar ejemplo de mayor indefinición teórica que éste? El dolo en la Ley 678 fue definido así "...cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado" (art. 5). El elemento volitivo (quiere) o subjetivo, es infinito: ajenidad a las finalidades del servicio del Estado; de la Carta Política y sin la mediación de la legislación, con lo cual pasamos a establecer la punición de las violaciones de los principios constitucionales. Es un feraz ambiente para discurrir sobre la sanción de la violación directa de la Carta Política, que se caracteriza por ser una norma abierta a muchas posibilidades interpretativas, de vigencia futura y epocal, de contener valores políticos, morales, éticos, económicos, enmarcados dentro de relaciones geopolíticas y socioeconómicas. Las finalidades del Estado, según la propia Carta son: "servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación, defender la independencia

dad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva", asumiéndolo como objeto de reserva legal ciertamente, pero respetando el modelo constitucional de responsabilidad legal, o por violación al principio de legalidad como una violación culpable subjetivamente, que no desaparece en la referencia a los particulares que transitoriamente ejerzan funciones públicas contenida en el inciso 3º del art. 123 ídem. Así la senda para el Congreso cuando desarrollare dichos preceptos superiores en la repetición contra el agente estatal, se genere o derive del daño antijurídico causado como consecuencia de la "conducta dolosa o gravemente culposa" del agente estatal, es de atribución o imputación subjetiva; es decir, cuando el daño proceda de un comportamiento (conducta) imputable subjetivamente al Agente: servidor o ex servidor público o particular transitoriamente encargado de cumplir funciones públicas, a título de dolo o culposamente grave como nociones equivalentes y no disyuntas.

5. Si por daño antijurídico se ha entendido aquel que el administrado no está obligado a resistir, admitiendo contra el Estado una atribución objetiva de su responsabilidad, según el inciso 1º del art. 90 constitucional, su inciso segundo insistió en la concepción subjetiva de la responsabilidad del agente para declararlo culpable y obligarlo a pagar al Estado los daños cubiertos por él al administrado, estableciendo una diferencia de tratamiento o en la aplicación. La causa de la responsabilidad del Estado y la del agente estatal no son iguales. Aquella es objetiva, la de éste es esencialmente *subjetiva*. La del Estado deriva de los daños antijurídicos infligidos al administrado. La del agente frente al Estado cuando los daños sean causados por conducta subjetiva, dolosa o culposamente grave.

nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo" (inc. 1º art. 2º C. Política). Y respecto de la finalidad del servicio de las autoridades, que están "instituidas para proteger a todas las personas residentes

en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares" (inciso 2º art. 2º ídem.). De ahí nuestra inquietud ante funcionarios que pretendan sancionar los

El constituyente en el inc. 2º del art. 90 en materia de la conducta del agente estatal no distinguió entre dolo y culpa grave, resultando así, como lo afirmamos, que el Congreso carece de poderes legislativos para abrir o escindir las formas de culpabilidad entre dolo y culpa en el asunto de la acción de repetición, pues la Carta está inspirada en la asimilación del dolo a la culpa grave o viceversa, aunque parezca recurrente la remembranza del sistema civil de 1873, esencialmente subjetivo, pero esa es la decisión del constituyente.

En efecto, el art. 63 del Código Civil desde 1873 dice entre nosotros que la culpa grave "en materias civiles equivale al dolo" (que consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad del otro), voces que con la debida traslación histórica y con los antecedentes de la responsabilidad conexa de 1984, nos permiten decir que la concepción del constituyente de 1991 no se apartaba de esa equiparación, ni la desconoció expresamente. Bajo esa concepción los arts 5º y 6º de la Ley 678 nos parecen inexecutable respecto del inciso 2º del art. 90 de la Constitución, por haber desconocido la asimilación que el constituyente hizo del dolo y de la culpa grave, al paso que el Congreso las aisló o las desligó; por lo que afirmaremos que, si bien el legislador podía definir el dolo (tal como lo hizo y lo hace para asuntos civiles, penales, disciplinarios) para los fines de la acción de repetición sin otra novedad que no fuera la de actualizar la noción del siglo XIX, contenida en el inciso final del citado artículo 63 del C. Civil, a las realidades de la función pública, ella es una definición "amplia", ambiciosa, omnicompreensiva, pero asaz peligrosa⁶; por lo que sostenemos que se excedió igualmente cuando ofreció una noción de la culpa grave a renglón seguido, en el artículo 6º, también texto abier-

hechos con dicha laxitud configurativa, o tendenciosa y arbitrariamente, apoyados en la amplitud de los "principios" y en el reproche por la violación de los principios, o de los "fines" sociales de época, ocluyendo las garantías fundamentales del en-

to pero aparentemente diferente a la definición legal del dolo', puesto que sendas nociones están equiparadas en la Carta Política de 1991 para los efectos de la acción de repetición. De donde el Congreso leyó y entendió mal ese inciso 2º del art. 90 superior, como también cuando los parceló a partir de presunciones.

6. El sistema sancionatorio nacional está erigido sobre la noción de la responsabilidad subjetiva o personal, como se deduce del siguiente paso del inciso 2º del art. 29 constitucional, al decir: "mientras no se haya declarado judicialmente culpable", no se pueden imponer penas, medidas, sanciones, única forma admitida por el constituyente para descartar la presunción de inocencia, excluyendo la presunción de culpabilidad. Si la culpabilidad debe ser declarada "judicialmente" y su texto coincide históricamente con el Estado liberal clásico, no se refiere la Constitución actual tan sólo a la responsabilidad penal puesto que el sistema nacional atribuyó funciones jurisdiccionales a los órganos de control en la vigencia del régimen disciplinario (con sanciones igualmente drásticas que el derecho penal, en la inhabilitación para ejercer funciones públicas), a los contralores en el juicio de responsabilidad fiscal (que es eminentemente de responsabilidad subjetiva, según la Ley 610 con proyecciones económicas sobre el peculio del servidor público), amén de los eventos en los cuales la Rama Ejecutiva asume funciones jurisdiccionales. A partir de la consagración constituyente de la presunción de inocencia y de la declaración judicial de culpabilidad subjetiva o personal, NO habrían opciones para que el legislador desplazara los principios constitucionales de la responsabilidad personal al desarrollar el inciso 2º del art. 90 como lo ha hecho con las referidas porciones de los arts. 5º y 6º de la Ley 678, teniendo limitada su potestad conformadora.

Análogamente, los textos del inc. 2º del art. 90 y el inciso 2º del art. 29 constitucional sistémicamente entendidos, no permiten la existencia de normas como las citadas de la acción de repetición, que, luego de definir el dolo y la culpa, aunque sea para los efectos de la acción de repetición y del llamamiento en garantía, nociones integrantes de la culpabilidad, no autorizan llegar hasta la creación de presunciones de una u otra como si fueran diferentes; como si, ante esas concepciones constitucionales, la responsabilidad del ser-

vidor público y del particular en esos precisos ambientes sean especies diferentes a la señalada por la Carta, donde: la culpabilidad no se presume y debe ser siempre declarada judicialmente, a menos que se desatienda la presunción de inocencia que en todos los subsistemas jurídicos nacionales, asiste al encartado hasta la culminación del correspondiente y debido proceso.

En otras palabras, estimamos que resulta inexecutable que el Congreso en materia de la responsabilidad del servidor público construya subsistemas legales, parcelando nociones jurídicas del dolo y de la culpa; ora para el llamamiento en garantía o para la acción autónoma de repetición del pago de los daños antijurídicos sufragados por el Estado a causa de la conducta dolosa o gravemente culposa de sus agentes.

Si la respuesta constitucional pudiera admitir dicha parcelación, con los riesgos subsecuentes en el ámbito de las diferentes áreas jurídicas (penal, disciplinaria, civil y de repetición o de garantía, etc.), deben ofrecérsenos razones que acrediten y justifiquen esa labor dispersora de las nociones legales, si es que realmente fuere necesaria. Una lectura de la Carta política evidencia que no existen en el Constituyente esos distinguos, porque, a más de la referencia sin definición específica contenida en el art. 90, el art. 29 ídem. faculta al Congreso para que determine los ingredientes de la culpabilidad pero sin desconocer al propio constituyente, bien se ubique esa facultad en el número 1 ó 2 del art. 150 o en los arts. 6, 121, 122, 123 y 124, respectivamente, a partir de los cuales y en virtud del principio democrático que les anima, caracteriza o define las instituciones o categorías ideológicas y jurídicas y, aunque con ellas defina el dolo, la culpa, la preterintención cuando las utiliza o las clasifica en ejercicio de su facultad denominada por la Corte Constitucional como de "libertad conformadora", avalada por la Carta y delineada en providencias como la C-774 del 25 de julio de 2001, en la que reiteró sus voces de las sentencias C-425 de 1997, C-150 de 1993, C-634 de 2000 y C-327 de 1997, pues el Legislador no podrá saltarse sobre las determinaciones del constituyente mismo.

7. Por eso, lo que no puede hacer el Legislador, creemos, es separarse de los preceptos de la Constitución cuando el propio constituyente ha delimitado un asun-

7. "La conducta del agente es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones" (Ley 678, art. 6º).

to como lo hizo en el inciso 2º del art. 90 respecto de la acción de repetición y, en general, sobre la responsabilidad del servidor público, porque existe una decisión previa del constituyente en la materia y porque, como lo ha dicho la Corte, la libertad conformadora del Congreso es relativa:

"La Corte ha señalado que la potestad de configuración legislativa tiene como límite de aplicación los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, de manera que, las restricciones a la libertad no pueden convertirse en una regla general".

8. Y si, como acabamos de verlo, tiene límites la libertad conformadora del Legislador, definir o no la culpabilidad también los tiene en los valores, principios y reglas constitucionales, pero más aún en el derecho de repetición que el constituyente estableció a favor del Estado contra sus agentes, por su conducta dolosa o gravemente culposa. En aquéllos se hallan los principios constitucionales de la responsabilidad *subjetiva*, ante la exigencia de una conducta personal como causa eficiente de los daños antijurídicos cancelados por el Estado, bien a partir de un mecanismo de solución alternativa de conflictos, ora por sentencia judicial adversa, que es su segundo elemento; como sobre el *quantum*: lo pagado por el Estado al administrado afectado, que es el tercer elemento o límite objetivo.

Entre los citados principios constitucionales de la responsabilidad personal, una de cuyas especies es la del servidor público en la pretensión estatal de repetición contra sus agentes, están ubicados también: la presunción de inocencia, la exigencia de la declaración judicial de culpabilidad, la observancia del principio de legalidad, el cumplimiento del debido proceso, la imposición de la carga de la prueba al Estado, la garantía de no autoincriminación consagrada por el art. 33, el derecho de defensa y de contradicción y la cosa juzgada, que de ese modo resultan desconocidos por el Congreso en la adopción de los arts. 5º y 6º de la Ley 678.

El segundo elemento es la condena judicial al Estado por daño antijurídico, que, como se dejara dicho, es una especie constitucional de imputación objetiva por su deber de garantía, o la acordada a través de la utilización de los mecanismos legales de solución alternativa de conflictos, asimilada para esos fines a la

sentencia adversa en última instancia con efectos de cosa juzgada material.

Y el último de los elementos limitantes objetivos de la acción de repetición, por previsión del mismo constituyente, resulta ser el monto del daño tasado en lo pagado por el Estado al administrado, donde procede discutir si se reconocen al Estado incrementos e intereses de esas sumas, o no; puesto que estimamos que el Estado no puede lucrarse de los perjuicios pagados.

II. Del cuestionamiento específico

Sostenemos que el Congreso desbordó la Carta de 1991 cuando estableció las presunciones de dolo y de culpa grave para los efectos de la acción de repetición y del llamamiento en garantía.

En lo atinente a la presunción de dolo y de culpa grave

1. Recordemos que la Carta Política no contiene una definición de la presunción de inocencia —pues doctrinariamente desde las tesis de la teoría del derecho constitucional no se le pueden exigir tales excesos de reglamentarismo, aunque existan voces en pro de dicha técnica y citan, no sin contradictores, la nuestra como un ejemplo de ese exceso—, pero ella, la presunción de inocencia, es una condición o situación de privilegio personal de irresponsabilidad por inculpabilidad hasta tanto no exista una declaración judicial en última instancia, con efecto de cosa juzgada material que le declare culpable más allá de toda duda razonable, trocando aquel estado negativo de imputación por uno positivo de indubitable atribución sicomaterial de responsabilidad.

De la presunción de inocencia recientemente dijo la Corte Constitucional:

Este postulado cardinal de nuestro ordenamiento jurídico, no admite excepción alguna e impone como obligación la práctica de un debido proceso, de acuerdo con los procedimientos que la Constitución y la ley consagran para desvirtuar su alcance.

(...)

Adquiere el rango de derecho fundamental por virtud del cual, el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agen-

Este derecho acompaña al acusado desde el inicio de la acción (...) hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad, y exige para ser desvirtuado la convicción o certeza, más allá de una duda razonable, basada en el material probatorio que establezca elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado. Eso es así porque ante la duda en la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio del *in dubio pro reo*, según el cual toda duda debe resolverse a favor del acusado (C-774 de 2001).

De ese modo, ni el dolo⁸, ni la culpa⁹, como especies de la culpabilidad¹⁰ pueden ser presumidos por el Legislador¹¹, y menos en la culpabilidad subjetiva o personal por conducta típica o definida previamente como contraria a la legalidad; a menos que se desconozcan las garantías del sistema sancionatorio o derechos fundamentales establecidos por el art. 29 constitucional. Así carezcamos de una noción suprema de la presunción de inocencia y debamos valernos de la semántica para ese efecto, procede decir que equivale a presuponer la inculpabilidad y la irresponsabilidad durante todo el proceso, puesto que, legalmente en el derecho común desde la vigencia del art. 66 del C.C., contamos con un criterio que nos permite decir que se trata de una conclusión deducida de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas; lo cual en el campo probatorio impone la demostración "de los hechos en que se funden" las presunciones. Doctrinalmente la Corte Constitucional apuntó que presumir es un juicio lógico "...por virtud del cual se considera como cierto un hecho con fundamento en las reglas o máximas de la experiencia que indican el modo normal como el mismo sucede" (C-774 de 2001), descrita la noción de la presunción desde la visión externa de la Constitución o delimitando sus alcances, dentro de las reglas de la lógica formal.

2. Pero podemos ir mas allá todavía. El Congreso, cuando esculpe presunciones materialmente, tiene los límites racionales impuestos por la naturaleza de las cosas, respecto de los "hechos" como premisa y de la conclusión como resultado.

La inculpabilidad presunta, apoyándonos en voces del art. 29 constitucional y del 176 del C. de P. Civil, es una garantía del procesado, del endilgado, del investigado o simplemente del demandado, de una buena vez, de los sujetos procesales, porque funciona tanto para uno como para otro extremo. Si bien la presunción no releva del deber de probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (art. 177 ídem.), lo cual hace en beneficio del encartado y únicamente trasladan la carga probatoria, el encartado está beneficiado por la descarga pero gravado con la conclusión legal presumida a partir de aquellos hechos acreditados al proceso. A partir de estas observaciones, digamos que la presunción de inocencia impone al Estado desvirtuarla con la demostración procesal de los elementos de la culpabilidad, en sus ingredientes sicofácticos, volitivos y cognoscitivos.

Pero aunque el Legislador respecto de los hechos pueda establecer o no presunciones y que esas normas incidan en la carga demostrativa de los supuestos normativos invocados, tenemos que el Congreso no está autorizado por la Constitución para presumir ni el dolo ni la culpa, ni los aspectos de la atribución subjetiva y sicofáctica; y lo estimamos así ante las exigencias y principios constitucionales de la demostración judicial de la responsabilidad personal establecidos por el art. 29 superior. Ni podrá presumirse el dolo o la culpa que son dos de las especies e ingredientes de la culpabilidad, por cuanto de esa forma estaríamos desconociendo el precepto de la presunción constitu-

diversamente", A. Reyes E., *op. cit.*

"La culpabilidad supone conciencia real, o al menos potencial de la ilicitud de la propia conducta y de su resultado —cuando sea típicamente exigido—, y capacidad de autodeterminación, no actuará culpablemente la persona de quien estas exigencias no puedan predicarse", A. Reyes E., *op. cit.*, p. 177.

11. En 1976 lo había dicho la C. S. de J., así: "El dolo, como fenómeno psicológico interno, no es posible probarlo mediante elementos materiales u objetivos, como se prueban los comportamientos externos que dejan vestigios de su existencia en la realidad objetiva y que, por lo mismo, se pueden comprobar a través de diversos medios materiales. De modo que ese fenómeno habrá que probarlo, la mayoría de las veces, mediante la inducción que se cumple sobre los factores externos que se presentan como indicativos de su existencia", Alfonso Reyes Echandía, *op. cit.*, p. 73.

8. "Como que en el dolo la finalidad de la acción es siempre típica", Alfonso Reyes Echandía, *La culpabilidad*, Bogotá, Temis, 1997. La Ley 678 ha definido el dolo, así: "...cuando el agente del Estado quiere la

realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado" (art. 5º).

9. Donde sucede "la verificación del hecho típico por omisión del deber de cuidado exigible, dadas sus condiciones personales y las

circunstancias en las que actuó", A. Reyes E., *op. cit.*

10. Como "...actitud consciente de la voluntad que da lugar a un juicio de reproche, en cuanto el agente actúa en forma antijurídica pudiendo y debiendo actuar

cional de inocencia y la carga estatal para declarar judicialmente la culpabilidad e invirtiendo la racionalidad de las cargas públicas en ese escenario; y, por otro lado, nada en el inciso 2º del art. 90 de la Carta Política autoriza al Estado a despojarse de sus obligaciones públicas de demostrar la culpabilidad del servidor para establecer procesalmente la conexidad entre el daño y la conducta *personal* dolosa o gravemente culposa de su agente, ni siquiera cuando aspira a recuperar lo pagado al ofendido.

Si el Estado debe responder objetivamente al administrado por el daño antijurídico, el constituyente ni siquiera en este aspecto de la repetición de lo pagado válida al Estado, ni al Congreso, a desconocer los fundamentos subjetivos de la culpabilidad del agente estatal, por lo que no hay lugar a presumir el dolo ni la culpa, ni el legislador puede abrogarse a través de un texto suyo las funciones declarativas que frente a la culpabilidad el constituyente atribuyó únicamente al juez, a partir de los hechos probados procesalmente. No es lo mismo establecer presunciones sobre "hechos o facticidad", que sobre los vínculos entre ellos y el sujeto en su ideación, volición, intención y aceptación preposicional, conductuales externamente, para imputárselos como suyos, que es la esencia de la gestión heurística y declarativa del juez.

3. El Congreso no puede imponer al juez presunciones de culpabilidad frente a la presunción constitucional contraria de la inculpabilidad del imputado, pues hasta tanto el juez no cuente con los elementos

administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración.

4. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.

5. Haber expedido la

resolución, el acto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial".

14. "Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas:

1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho
2. Carencia o abuso de competencia para proferir la decisión anulada,

probatorios para proferir sentencia condenatoria declarando la responsabilidad del implicado, por haberse demostrado judicialmente su culpabilidad, mas allá de toda duda razonable, el procesado es inocente. Pero la inculpabilidad también se llega en todos los eventos en que procesalmente se demuestran las denominadas causas justificantes y exculpativas¹² y, ellas pueden ser constitucionales y legales (caso fortuito, fuerza mayor, error o ignorancia, coacción, eximentes putativas, etc.) incluida la cláusula abierta de la "inexigibilidad de una conducta", enmarcada dentro del siguiente criterio: "la conducta del agente no es punible porque dadas sus condiciones personales y las circunstancias en que actuó no se le podía ni debía exigir comportamiento diverso"; puesto que la exigibilidad de una conducta conforme a derecho es requisito de la culpabilidad, luego *a fortiori* es inculpable el sujeto que actúa en forma típica y antijurídica porque no podía comportarse de otra manera, aunque su concreta acción no sea subsumible en ninguna causal legal de inculpabilidad.

Por lo cual, en las normas referidas que presumen el dolo¹³ y la culpa¹⁴, aunque sea para efectos económicos de la repetición de lo pagado por el Estado ante los daños antijurídicos, pero dentro del ámbito de la responsabilidad personal, existe violación del art. 90 constitucional, en tanto del hecho descrito en cada numeral en relación con el dolo se derivan la "intención", la volición subjetiva del evento en esas condiciones y con esas características, sin que sea una decisión del juez (aquí dicho de modo amplio) ve su labor

determinada por error inexcusable

3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable

4. Violar manifiesta e inexcusablemente el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal".

12. "Todas aquellas circunstancias predicables del comportamiento humano típico y antijurídico cuya característica esencial es la de que eliminan la culpabilidad". A. Reyes E., *op. cit.*, p. 172.

En el derecho penal, ha sostenido Reyes Echandía, que "estas causales no permiten que haya delito por ausencia de culpabilidad en la medida en que impiden la configuración del dolo o de la culpa, y, por ende, en cuanto no dan lugar a la formulación de juicio de reproche, sobre la conducta del agente", *ibid.*, p. 152.

13. "Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas:

1. Obrar con desviación de poder.
2. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento.
3. Haber expedido el acto

autonomía decisional restringida, encasillada por el legislador e invadidos sus fueros constitucionales.

4. La violación del art. 90 inc. 2º se alude porque dolo y culpa grave son, en esta materia, por lo menos equivalentes en el texto constitucional; y en relación con el art. 150 num. 1 y 2 de la Carta de 1991, puesto que son atribuciones ejercidas para violar los anteriores preceptos constitucionales mediante la expedición de la Ley 678.

En lo atinente con la definición de la culpa, dichas violaciones se concretan en que, como ya se ha dicho, difieren del acto intencional de desconocer las finalidades del servicio del Estado, que según el art. 5º de la Ley 678 es dolo, para ser la infracción directa de la Constitución o de la ley, una omisión o extralimitación inexcusable en el ejercicio de sus funciones. Si se dijese que se trata de dos textos legales iguales, por lo que las dos nociones, las de los arts. 5º y 6º no se distancian del querer del constituyente, expuesto en el inc. 2º del art. 90 constitucional, la diferencia entre los dos artículos de la Ley 678 sería la *inexcusabilidad* de la omisión y de la extralimitación de funciones como de la infracción directa del principio de legalidad (donde se hermanan la Constitución y la ley, conservando sus jerarquías); pero sucede que el dolo también es excusable, desapareciendo la culpabilidad; y la violación directa de la Constitución y de la ley equivale al dolo en tanto la Ley 678 lo define como la intención para realizar un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado, constitutivo de hecho doloso, así mismo excusable y desapareciendo la culpabilidad.

Aunque se nos objetase que la Constitución en su inciso 2º del art. 90 no habla de la inexcusabilidad o de la inculpabilidad y que el Congreso podía introducir esa diferencia en la Ley 678, el reparo no resiste un examen frente a la Carta ni menos aún ante la noción de culpabilidad subjetiva en ella establecida respecto de las personas, por lo que el Congreso no puede restarle al juez aplicar, menos imponiéndole presunciones —es decir, hechos o hipótesis, a partir de las cuales su conclusión debe ser mecánica al no poder ser otra que la declaración de culpabilidad—, como si fuese un acto material o subproducto, y no se tratase de un resultado de atribución subjetiva deforme, como es en general la culpa.

En lo concerniente a las causales de la presunción de dolo

Si las precedentes consideraciones tienen apoyo en la Constitución vigente y en los pactos internacionales suscritos por el Estado para sostener que no puede presumirse legalmente el dolo, bajo ninguna circunstancia, tenemos que en cada uno de los números del art. 5 demandado existen autónomamente otras violaciones constitucionales, que procedo a singularizar.

El primer motivo. El primero de los numerales del art. 5º de la Ley 678 presume el dolo del agente, cuando obra "con desviación de poder". Ésta es una de las causas legales determinadas por el inc. 2º del art. 84 del CCA para anular un acto administrativo, ejerciendo oportunamente la acción correspondiente y cuando es preciso dentro de los requisitos de procedibilidad señalados por el D.L. 01 de 1984, sin que por esa circunstancia no sea la base tácita del reproche en las acciones de reparación directa cuando se juzgan los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas, la ocupación temporal o permanente de inmuebles por trabajos públicos o cualquiera otra causa, en los eventos del art. 86 como objetivo de la "acción de reparación directa".

De otra parte, esa es una cuestión que se arguye corrientemente contra la presunción de legalidad que asiste a los actos administrativos ejecutorios, presunción de legalidad que ha sido avalada por voces doctrinales de la Corte Constitucional, como lo hizo en la sentencia C-037 de 2000. También la desviación de poder puede esgrimirse contra los hechos, las omisiones y operaciones administrativas en la acción de reparación directa, caracterizada por la ausencia de actos administrativos demandables, puesto que la actividad administrativa está sujeta también al principio de legalidad. Expondré separadamente los argumentos por los cuales creemos sea inconstitucional esa previsión legal, considerando dos escenarios problemáticos: uno, en el cual el agente no es parte procesal, es decir, no es sujeto en el proceso de la declaración jurisdiccional de anulación del acto administrativo o de la declaración de daño, y, el otro escenario, en el cual el agente fue llamado en garantía, como sujeto procesal.

En aquella primera hipótesis, cuando el agente estatal no es sujeto procesal, debe tenerse en cuenta el efecto

de la sentencia o cosa juzgada, bien de la declaración de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, o de responsabilidad estatal en la reparación directa, muy excepcionalmente en el evento de las nulidades contra actos singulares, según el propio artículo 175 del CCA — que estimamos no ha sido derogado por el art. 5° de la Ley 678—, pues las sentencias de la jurisdicción contencioso administrativa declarativas de nulidad tienen efectos *erga omnes*, pero ellas se pronuncian contra actos administrativos generales que muy excepcionalmente generan daños antijurídicos reparables, salvo en la tesis del daño especial.

En la sentencia “dictada en procesos relativos a contratos y de reparación directa y cumplimiento, producirá cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes”. La proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en el proceso y obtenido esta declaración a su favor.

Bajo esos estrictos términos, la declaración de anulación por desviación de poder o de responsabilidad en la reparación directa no vincula al agente estatal no citado ni vinculado (puesto que otros serán los resultados cuando se le califique como renuente, contumaz e incompareciente), a menos que si se la extiende para cubrirlo se violen al servidor o agente estatal no citado sus garantías del debido proceso y, por lo mismo, la declaración judicial de anulación por “desviación de poder” NO se puede convertir por arte de la presunción legal cuestionada en la demostración del dolo personal del agente, de su culpabilidad personal para fines de la repetición patrimonial a favor del Estado, pues aquel no ha tenido oportunidad de ejercer su defensa en ese proceso ni se le ha oído, según el art. 29, y menos ha podido ejercer sus derechos de contradicción. De atenderse a la norma legal referida es palmario que la presunción legal desconoce los derechos constitucionales del juzgamiento del ex servidor, y es una violación del art. 29 superior.

Si de suyo presumir el dolo es inconstitucional, más lo será si a ello se adiciona la extensión de los efectos legales de una providencia adoptada en su ausencia, sin contradicción y audiencia del servidor o ex servidor contra quien se esgrime; con violación del debido pro-

ceso que, por lo menos para extenderle los efectos de la decisión, debió ser proferida con su presencia y con plena garantía de sus derechos constitucionales como procesado. En ese escenario, el numeral mencionado es inexecutable por violación del art. 29 constitucional.

Si el escenario procesal es el del llamamiento en garantía para fines de repetición, como segunda hipótesis y así desaparecieren los reproches por violación del debido proceso ante el desconocimiento de los derechos de audiencia y de contradicción del agente que antes indicábamos, en esta oportunidad vislumbramos un vicio de inconstitucionalidad consistente en que no basta la acreditación de la desviación de poder para presumir su dolo o tener su conducta como dolosa, que tal como reza el número 1 de la presunción en cita impondría a la jurisdicción especializada decretar, dado que es indispensable que al funcionario o ex servidor llamado en garantía se le demuestre, en juicio contradictorio, haber obrado como exige el art. 90 superior, dolosa o culposamente grave; y ello implica comprobar los elementos subjetivos del comportamiento que es el ingrediente subjetivo de la conducta, de su comportamiento personal, tanto en los actos administrativos anulados y específicamente en la desviación de su poder, voluntad y conocimiento tendientes a ese fin, como de los daños inferidos, puesto que se trata de una responsabilidad subjetiva.

Véase de esta forma. Si se demuestra administrativamente la “desviación de poder” en la expedición del acto administrativo cuestionado, por la confrontación de los deberes y potestades legales respecto del acto administrativo demandado en nulidad nos parece perentorio que se establezca procesalmente también con audiencia del agente estatal que ese “hecho” o resultado o el acto administrativo como “conducta” fue ideado y querido por él, con tal relación de causa a efecto entre esa realidad material (la desviación de poder) y la voluntad consciente del agente estatal al momento de proferir el acto o de actuar, sin que existan rupturas ideales o materiales ni justificantes que estén en estrecha relación de causalidad el uno y el otro, aquel hecho material y esta atribución sicofáctica, conclusión que no se puede establecer por la vía de la presunción sino extraerla del examen de las circunstancias de cada proceso en particular.

Si por la mera declaración de desviación de poder se presumiera el dolo estamos ante una imputación objetiva que no subjetiva como lo estableció el inciso 3º del art. 90 constitucional; se descartaría la carga de la prueba que incumbe al Estado frente a la culpabilidad (subjetiva), despojándosele de dichas constatación y examen, amparándose en el sentido simplemente objetivo de la decisión judicial de anulación por desviación de poder como resultado material pero sin vivenciar o verificar si fue conocido y querido por el agente estatal ese resultado, pues la desviación de poder conlleva el ejercicio de una potestad funcional cuyos límites legales (por aplicación del principio de legalidad) el servidor objetivamente contradujo con el acto administrativo, o por sus hechos u omisiones en la acción de reparación o por la conducta contractual en las acciones contractuales. Pero sin ocuparse de establecer judicialmente si ese resultado final —el de la desviación de poder que es la causa de anulación del acto y descuento de su presunción de legalidad y acertamiento— obedece a un comportamiento ideado y querido por el servidor, equivalente a decir que fue doloso por conocido y querido por el agente estatal, NO obstante su descarrío, carece el Estado de la demostración de la relación de causalidad entre la “desviación de poder” y el conocimiento e intención del agente al obrar; que es “su dolo” y su aspecto subjetivo, sin lo cual no estamos ante la declaración judicial de culpabilidad en sus aspectos subjetivos, desconociendo de paso el art. 29 de la Constitución.

Si optáramos, como a veces lo hace la Corte Constitucional, por una declaración modulativa, creo que debería condicionarse rescatando y destacando que no se trata de una responsabilidad objetiva del funcionario en ninguno de los casos, sino que es perentorio e inexcusable que se le demuestre la relación de causalidad existente entre la desviación de poder y su voluntad, más allá de toda duda razonable, pues de lo contrario se violaría el art. 29 frente a la presunción de inocencia.

El segundo motivo. Frente al segundo motivo de la presunción de dolo que reza que se presume por “haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por *inexistencia del supuesto de hecho* de la decisión adoptada o *de la norma* que le sirve de fundamento”, desprenderemos los argumentos, así:

Insistimos en que por lo menos habrán dos escenarios, como se dejara visto en el evento del primer numeral del art. 5º referenciado, por lo que la sentencia jurisdiccional anulatoria del acto administrativo por esos hechos (inexistencia del supuesto de hecho y de derecho, contemplados en el texto dubitado) pero sin la comparecencia del funcionario o ex servidor, evidentemente desconoce sus garantías constitucionales y la presunción legal rebatida falla por ese aspecto contra el art. 29 de la Constitución.

Mas si la declaración judicial se realiza con su asistencia procesal como llamado en garantía, se presentan, al menos, dos situaciones adicionales: a) la atinente a la *inexistencia de los hechos* del acto base de su motivación, una; y, la otra, b) la *inexistencia de la norma invocada* como fundamento del acto, quedando por fuera las hipótesis de las acciones de reparación directa; por lo que estamos en el escenario de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y en algunas especies de la acción contractual, en las cuales por regla deben exponerse los motivos (hechos) y las normas basilares de los actos administrativos expedidos.

Los eventos del ejercicio de la facultad discrecional del administrador, por definición no encajarían en esta hipótesis, *prima facie*, pues son actos respecto de los cuales su motivación es presunta, dirigida y por ello no debe expresársela, como dispone el art. 36 del CCA, pero sí pueden encuadrarse dentro de la tesis del numeral 3º del art. 5º de la Ley 678, en las especies de la falsa motivación.

a. Entonces, en el primer evento, cuando es inexistente el *supuesto de hecho* del acto administrativo, que es documento público, adolece igualmente de falsedad ideológica ante la inexistencia de los hechos, por lo que existiría una evidente prejudicialidad penal. Sin esta declaración jurisdiccional ordinaria de la comisión delictiva, con observancia del debido proceso penal, la base fáctica de la cuestionada presunción del dolo por esa causa, antes de la sentencia penal, es inexecutable, pues establecida la inexistencia de los hechos materiales fundantes del acto administrativo por el juez contencioso administrativo, bajo la simple comprobación que se haría con la sentencia anulatoria del acto por la jurisdicción especial, equivale a verificar una “realidad material” —incluso la violación de un deber funcional

de fundamentación realística de las decisiones administrativas—, pero en ese proceso ordinariamente no se juzga la *subjetividad* del funcionario sino la materialidad del acto administrativo por confrontación entre los datos esbozados y la realidad material u objetiva e histórica. En consecuencia, estructurar la presunción del dolo con esa declaración judicial contencioso administrativa y más sin hacerlo a partir de la declaración penal, es recalar en la responsabilidad objetiva y desconocer la responsabilidad subjetiva establecida por el art. 29 constitucional, fundador de la responsabilidad personal por la perentoria necesidad de demostrar la conexidad entre un resultado material dañino e ilegal y la conducta subjetiva del servidor en tanto sea manifestación de su voluntariedad subjetiva contraria a la ley¹⁵.

No se puede desechar la perspectiva según la cual el servidor público, por la circunstancia de serlo, carezca o se despoje de su voluntad, la cual puede ser contraria a la de la norma aplicada; pero no se le puede reprochar cuando NO aplica SU voluntad, ni cuando lo haga sin contrariar la de la norma, bajo el entendimiento de que la norma jurídica posee UNA voluntad genérica, pues no existiría esa contrariedad intelectual y volitiva, desapareciendo la intencionalidad ilícita o ilegal.

De otra parte, por razones funcionales, apoyadas en normas superiores como son los arts. 6, 121, 122, 123, 124 y 211, entre otros de la misma Carta de 1991, el control material sobre los “hechos” motivos del acto administrativo y el ejercicio personal e individual de las funciones públicas está distribuido, delegado o desconcentrado, sin que se le puedan por ello imputar directa y racionalmente al servidor que no sea competente, sin que procedan de su conocimiento y voluntad ante la fe que debe depositar en sus colabo-

juicio interdisciplinario, sino de la “parcelación funcional” frente a situaciones idénticas. ¿No será en esta materia conveniente una cohesión? Es un punto dicho al desgaire, para generar ondas en el ambiente. Nada más.

radores, por lo que hacerle un juicio atributivo de su comportamiento doloso sin atender este aspecto restrictivo de su responsabilidad (legalmente referido a “sus funciones”), equivale a desconocer esa realidad jurídica y más sin vivenciar si su voluntariedad y conocimientos propios fueron animados por suponer los hechos o desconocer los hechos establecidos, sin lo cual no hay dolo como especie de la culpabilidad; quebrantando a la postre el principio de atribución subjetiva de responsabilidad que no deriva de la mera comprobación objetiva de la inexistencia de los hechos fundantes.

Pero sin que se demuestre que la voluntad del servidor se apartó conscientemente del propósito legal de no falsificar los hechos, presumirlo como dolo y a partir de la inexistencia de ellos, es inconstitucional pues se le atribuye la comisión de un ilícito sin demostrarlo competentemente. Equivale a la violación de la Carta fundamental respecto de la especificidad de las jurisdicciones y de las competencias, con compromiso del primero y segundo incisos del art. 29 superior.

b. En la segunda parte del numeral comentado, el acto administrativo adolece de falsedad en su fundamentación *legal*, en tanto se invocó para su emisión una norma jurídica inexistente. En ese punto, por el afán de diseñar una presunción cayó el Congreso en el exceso de formalismo consistente en creer que sólo puede existir una única norma aplicable o fundante del acto, que no se invocó, que No Existe la invocada. Y muchas veces no es así, menos en un sistema eslabonado de normas como es el nuestro, de mayores y menores contenidos materiales que se sirven mutuamente de apoyo y validez; que posee normas abiertas, que reconoce opciones y discrecionalidades al funcionario administrativo; en fin, que la normatividad no es sólo la ley (noción restrictiva a las expedidas por el legislador ordinario y extraordinario), que es el derecho (en su concepción amplia de ordenamiento) donde aquella no puede abarcar ni comprender la realidad material, por lo que la susodicha inexistencia normativa por sí misma no es fundamento de reproche (salvo que se hincalque en la pretensión de completud del sistema legal y de la exclusividad material de las normas, muchas de ellas concebidas con la intención legislativa precisamente diferente e intemporal de abarcar muchas situaciones fácticas futuras); si está autorizada y es obligatoria

15. Nos parece que va llegando la hora de que se reflexione sobre la dispersión del juzgamiento de la responsabilidad de los servidores públicos, que nos caracteriza, por lo menos respecto de la violación de sus deberes funcionales; fundada en una discutible especialización y distinguiendo por un lado, su responsabilidad penal en los delitos contra la administración pública, la fe pública y otros vinculados a sus deberes funcionales; por otro, de su responsabilidad disciplinaria por la violación de las mismas funciones; y de su responsabilidad fiscal también sobre sus deberes funcionales, atribuidos a tres entes diferentes: Rama Jurisdiccional del Poder Público y dos entes de control. No se trata de un

la solución de los retos administrativos a partir de normas generales: de valores, principios, de las normas constitucionales (de suyo amplias), de los principios constitucionales, de la doctrina constitucional, de la analogía legal y jurídica, del precedente judicial, de los principios especiales de la función pública administrativa (art. 209 Constitucional y Ley 489) entre otros, dentro de los principios del art. 209 superior que no son precisos.

A lo anterior debe agregarse la exigencia de la prejudicialidad penal por falsedad ideológica y por la comisión de algunos otros reatos contra la administración pública (prevaricación, abuso de autoridad o de función pública, por ejemplo), como en la porción anterior del mismo numeral con los mismos reparos, por lo que la violación constitucional consiste en omitir la exigencia de la declaración competente de la falsedad ideológica o de la prejudicialidad penal, violando las reglas del art. 29 constitucional sobre competencia y debido proceso, en que se pretende construir la presunción de dolo cuestionada con esta demanda, violando el inciso 2º del art. 29 en tanto la declaración de falsedad ideológica por inexistencia normativa, sin la sentencia correspondiente, no puede ser base de una presunción de dolo del agente estatal, dado que la declaración de nulidad del acto administrativo aunque lo sea por ese móvil, no incluye el examen del juez competente el elemento subjetivo de la conducta, ni la relación de causalidad subjetiva o personal entre ese texto y la voluntad e intención del agente.

El tercer motivo. El tercero de los supuestos de la presunción del dolo cuestionada, consistente en "haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración", es similar al supuesto del numeral anterior cuando se habla de inexistencia del hecho, pues acá la falsedad consiste en ocultar "el hecho" existente, el motivo real, o en desviarse o apartarse de la realidad fáctica existente. Es el ambiente natural de los actos administrativos discrecionales, anulados por falsa motivación en la ocultación de los hechos que le sirven de sustento.

Conservando los dos escenarios que hemos venido manejando en esta exposición, la desviación del pri-

mero de ellos consiste en extender los efectos de la sentencia que declare la falsa motivación del acto administrativo, sin la audiencia del agente productor del acto administrativo anulado por esa causa.

Cuando es llamado en garantía, la anulación del acto administrativo por falsa motivación decretada por el juez natural del acto, no se extiende al elemento subjetivo del dolo del agente en su generación, pues ese no es el hecho juzgado, que consistiera en la voluntaria expedición o realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado, con voluntad e intención que tienden a ese resultado como querido a través de la desviación de la realidad, para lo cual la jurisdicción especializada carece de "jurisdicción y de competencia" y debe esperar a que se desate el asunto por el juez penal competente. De no ser así, se desconocerán las garantías del art. 29 constitucional por falta de competencia y por violación del debido proceso respecto del agente llamado en garantía e imputado de la comisión de una falsedad documental punible, por lo que la norma es inexecutable, al violar el art. 29 superior, si de aquellos hechos deriva la intención dolosa, sin examinar o establecer judicialmente el vínculo entre ese punto y la voluntad del sujeto, cayendo en la mecánica y en la responsabilidad objetiva.

El cuarto motivo. El siguiente de los supuestos de la presunción del dolo del art. 5º de la Ley 678, es "haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado".

Aparentemente nos hallamos ante la cosa juzgada penal y disciplinaria, pero debemos insistir en que ni la sentencia penal condenatoria, ni la disciplinaria tienen la virtud de *anular* las actuaciones derivadas de actos administrativos ejecutorios porque, como la Corte Constitucional ha dicho en las sentencias C-037 y 1436 de 2000, únicamente los jueces naturales del acto administrativo, por mandato constitucional del Consejo de Estado y los Tribunales administrativos actualmente, son los competentes para declarar su nulidad, y la nulidad y restablecimiento del derecho; por lo que se desconoce la presunción de legalidad de tales actos, presunción que favorece al agente demandado o llamado en garantía para repetición y que no desvirtúa por razones de

jurisdicción y de competencia, ni la sanción penal ni la disciplinaria por sí mismas.

Sin que se desvirtúe la presunción de legalidad del acto administrativo, aunque por él haya sido sancionado penal y/o disciplinariamente el agente estatal, no puede hablarse de dolo suyo en la generación del acto administrativo, ni dolo en la generación del daño antijurídico que en sendas oportunidades no lo sufre el particular sino el Estado mismo, porque los delitos contra la administración pública afectan a ésta, así como las faltas disciplinarias solamente atentan contra la función pública; luego aquí no existe daño antijurídico pagado a terceros como para que sea repetido del agente estatal sancionado. La sentencia penal condenatoria por prevaricato, por ejemplo, no anula el acto administrativo materia de la conducta punible. El daño lo sufre el Estado mismo y no el administrado y eso que el proceso penal nacional es accesoriamente reparador del perjuicio al afectado. Pero, el proceso disciplinario no lo es, por lo cual la administración no paga daños antijurídicos a terceros aunque se sancione al servidor, que es el presupuesto constitucional de la acción de repetición.

Por lo demás, existe una generalización inconstitucional respecto de las sentencias disciplinarias pues a todas ellas, la de faltas gravísimas, graves o leves, les otorga el carácter de generar daños antijurídicos a terceros, lo cual no es razonable ante la diferenciación legislativa que de ellas mismas hizo el Código Disciplinario; incurriendo así en la violación del art. 13 constitucional.

Y si las condenas penales y disciplinarias se relacionan con hechos, omisiones y operaciones del agente estatal, donde no existe una presunción de legalidad respecto de la actividad del funcionario público, la inconstitucionalidad reside en que aquellas decisiones no afectan al Estado a pagar daños y, por ello, no pudo ser condenado a pagar ningún daño antijurídico por el proceso disciplinario no es reparatorio y en el penal los hechos ilícitos del servidor por sus violaciones omisivas al deber funcional en los delitos contra la administración que son los únicos que se juzgan como tal, así como los denominados de responsabilidad o de sujeto calificado o propios, lesionan al Estado y pocas veces benefician al particular si no se

constituye en parte civil; sin lo cual no existe la presunción de repetición de acuerdo con el art. 90 constitucional, al ser evidente que no hubo daño al administrado ni el Estado tuvo que pagarlo, y carece de objeto su repetición, resultando así una contrariedad con el art. 90.

El quinto motivo. El último de los hechos de la presunción de dolo, es el de "haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial".

Esta norma, en principio, modifica el estatuto de la administración de justicia que reguló la responsabilidad del Estado por error judicial, por lo cual si no se trata de una reiteración, se debió tramitar esa parte como una ley estatutaria y no se hizo, violando así los arts. 152 y 153 de la Carta Política.

Aparte de ello, definir si esas providencias judiciales son contrarias a derecho es objeto de una declaración jurisdiccional específica por la vía de las acciones y recursos ordinarios y extraordinarios, por modo que sin esa prejudicialidad donde esté ejecutoriada la "providencia dañina" carecemos del supuesto para la presunción del dolo. En esos trámites procesales, por norma general, no se verifican los aspectos subjetivos característicos del dolo en que pudo haber incurrido el funcionario judicial al expedirlas, por lo que la decisión de los recursos promovidos contra las decisiones judiciales no es causa eficiente para convertirla en presunción del dolo puesto que en ellos no se estableció ni se determinó ese extremo subjetivo, juzgando únicamente la legalidad o regularidad de la providencia cuestionada en ellos.

Y si se trata de la sentencia manifiestamente contraria a derecho en el proceso judicial, es indispensable que se haya realizado esa declaración a través de los recursos extraordinarios y de las acciones establecidas contra la cosa juzgada, sin desconocer la prejudicialidad penal por el ilícito de prevaricación allí concernida y como en dichos recursos no se verifica el aspecto subjetivo del dolo del funcionario judicial, no se puede recaer en erigirlo como presunción del dolo a partir del resultado de la impugnación de la sentencia, pues la sentencia de las acciones y de los recursos extraordinarios no se ocuparon de ese elemento, incurriendo el legislador aquí en la consagración de la responsabilidad

objetiva, contra la previsión de la culpabilidad demostrada, que como lo hemos subrayado en este escrito es el fundamento de la repetición y de la responsabilidad en el sistema nacional.

En la presunción de culpa grave

Una observación del conjunto de las reglas de los numerales de ese texto legal del art. 6° de la Ley 678, evidencia la violación del art. 90 de la Constitución, puesto que ella no hizo la distinción entre la conducta dolosa o culposa para los fines de la repetición de lo pagado por el daño antijurídico, por lo que nada adiciona o altera obrar con culpa como pretende especializarlo aquel artículo de la Ley 678, ni exonera del efecto de reparación de lo pagado actuar culposamente; luego el vano esfuerzo del legislador por erigir materiales para la culpa del agente, no es razonable y es contrario a la Carta ya que es inane frente al resultado, pues actuar con culpa grave no le minimiza la responsabilidad del agente estatal en la repetición a favor del Estado.

En esa materia de la repetición es absolutamente indiferente obrar con dolo o con culpa grave, a diferencia de otras áreas del derecho sancionatorio como en los hechos punibles donde actuar con dolo o culpa si es significativo porque puede ser responsable o no, puede ser sancionado o no de conformidad con el esquema legal utilizado para punir la culpa. Por ello, en la perspectiva del art. 90 el dolo y la culpa grave están equiparados, por lo que generar los daños con culpa grave no exonera de la repetición a favor del Estado a restituirle lo que haya pagado al administrado, *excepto las formas de culpa leve y levísima* que están excluidas en el inciso 2° del art. 90 constitucional, lo cual refuerza el argumento según el cual la Carta Política insistió en la clasificación tripartita de la culpa, la del Código Civil. Por tanto, los cuatro numerales del art. 6° de la Ley 678 son inexecutable por desconocer el inciso 2° del art. 90 de la Carta Política, que equipara culpa grave y dolo.

En los hechos fundantes

Empero, en cada uno de los numerales entendidos como reglas aisladas existen violaciones constitucionales que procedemos a sustentar.

En la "violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho".

Estamos ante una cláusula legal comprensiva de todas las anteriormente establecidas para presumir el dolo, puesto que todas ellas están contenidas en la expresión "violación de las normas de derecho" utilizada en ésta, pues en aquel (el dolo) "el agente del estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado", constituye per se una violación de las normas, sólo que acá, para los efectos de la culpa grave, las violaciones se califican con expresiones como "manifiesta" e "inexcusable", que son valoraciones legales de la culpabilidad por defectos cognoscitivos y objetivos que inciden en la voluntariedad objetiva o subjetivamente.

Se olvida que el dolo como forma de la culpabilidad también es excusable y justificable, que debe ser manifiesto, pues "pensar mal" sin realizaciones materiales no es punible, no se penan las intenciones sino las conductas que las materialicen. Esta vez hallamos una falta contra la razonabilidad y la *sindéresis* del legislador que evidencia la ligereza con la cual se trató el punto, restándole fundamentabilidad por incoherencia, que nuestro juez formalista no está en capacidad de evitar o desconocer, por lo que o bien se modula la norma o se la declara, o debe tenérsela por inexecutable.

La conducta del agente es culposamente grave, según la definición del art. 6° de la Ley 678 que introdujo una distinción a contrapelo de lo previsto por el constituyente en el inciso 2° del art. 90, en la "infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones". Uno se preguntaría: ¿Para qué se estatuyó que sea inexcusable omisión o extralimitación funcional, pues si son excusables, simplemente no hay culpa, ni dolo?; con lo cual la noción quedó reducida a la infracción directa de la Constitución y de la ley, la cual no es por sí misma culposa ni dolosa hasta tanto no se establezcan los elementos volitivos respecto del resultado final. Y de otro lado, se desprenderá únicamente de la infracción directa de la Constitución y de la ley como una atribución cognoscitiva o volitiva, en tanto no sea excusable, pues aunque fuese manifiesta, no hay culpa si existe una excusa, como dejamos visto. Pero

fuere de ello lo que sea, la verdad es que si el hecho de la violación directa de la Constitución y de la ley son excusables no hay culpabilidad. Si es inexcusable habrá culpabilidad.

A más de incurrir el Legislador en el defecto aludido, cabe decir que son "violaciones del derecho" tanto las de los cinco numerales del art. 5º de la Ley 678 (en el dolo) como las de los tres restantes del artículo 6º ídem. (para la culpa), y los ocho están comprendidos por el número 1º del art. 6º de la Ley 678 como "violación de las normas de derecho", ante la generosidad del contenido material de este numeral, pues en nada ayuda que se diga sean violaciones manifiestas e inexcusables porque si son excusables, aun sean manifiestas, no hay culpabilidad. Si no son manifiestas ontológicamente no hay violación, y si lo son aunque excusables, no hay culpabilidad; a menos que la cualificación sea una exigencia paritaria: manifiestas por un lado e inexcusables por el otro, pero ésa no es la lectura inducida por el numeral 1º del art. 6º de la Ley 678.

La norma referida violó así el principio de especificidad que es un límite de la facultad configurativa del Congreso, puesto que ella induce a sostener como culpa lo que puede ser dolo o viceversa, con desmedro de la claridad legislativa y del principio lógico de unidad que en estas materias no puede generar ninguna duda, sin que cejemos en la consideración de la inutilidad de la distinción frente a la acción de repetición, pues obrar con culpa grave no exonera de responsabilidad para los efectos de la repetición, según el inciso 2º del art. 90 supremo.

"Carencia o abuso de competencia para proferir la decisión anulada, determinada por error inexcusable". No repetiremos, aunque insistiremos en ellas, nuestras observaciones respecto de la excusabilidad del error como fuente de inculpabilidad, por lo que procedemos a mostrar nuestros cuestionamientos de las reglas, en la lectura inducida por la previsión legal.

Esta regla puede recomponerse en dos, así: a) Carencia de competencia para proferir la decisión, determinada por error inexcusable, una; y la otra: b) Abusar de competencia para proferir la decisión anulada, determinada por error inexcusable, con lo cual son situaciones dispares, frente a los actos administrativos, pero también respecto de otros actos de autoridad.

Pereciera que para el Legislador de 2001 la culpa se generara en el error cuando es inexcusable, constituyendo la excusa la frontera entre el dolo y la culpa, pero olvidando que en esta materia —de la acción de repetición— la distinción es inocua. Si el agente obra sin competencia, desvía o abusa de sus potestades, pero su conducta se convierte de dolosa en culposa cuando el agente es movido por un "error inexcusable", según el Legislador de 2001, porque la desviación de poder del número 1 del art. 5º ídem., es una manifestación de quienes obran por fuera de sus normas de competencia o abusan de ellas, o invaden otras; por donde la diferencia entre este numeral del art. 5º y el del 2º del art. 6º, estriba en obrar con error pero con error inexcusable.

Pero es que de nada sirve que sea dolosa o culposa porque para el constituyente no existe ninguna distinción ni consecuencia exonerativa que sea dolosa o culposa, violando así el art. 90 superior. Si el dolo y la culpa son excusables, no hay responsabilidad, no hay culpabilidad, pues obviamente el constituyente únicamente responsabiliza de lo que no se puede excusar, si se trata de una responsabilidad subjetiva. En ese sentido la norma viola el inc. 2º del art. 29 superior y el inc. 2º del art. 90 ídem.

Quedaría por averiguar la distinción entre estas "decisiones" y las del numeral 4º del mismo artículo en éstas específicas en relación con la libertad personal, y aquéllas del número 2 adoptadas en todos los ámbitos funcionales: administrativos y jurisdiccionales.

"Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos, determinada por error inexcusable".

Para no insistir, pero sin desechar nuestras observaciones sobre la excusabilidad del hecho que genera inculpabilidad, nos referimos a la inexistencia del acto a la cual se refiere la causal. En nuestro derecho la función administrativa es por esencia reglada y formalista, para algunos al extremo, para otros justificadamente de suerte que la omisión de formas sustanciales, o esenciales al acto administrativo, incidentes en su existencia y determinantes de su inexistencia jurídica cuando de ellas carezca y no de su validez, es la materia de la causal que analizamos.

En esa hipótesis de la inexistencia del acto administrativo (cabe la pregunta respecto de los actos jurisdiccionales)

cionales, formales al cual más) no puede existir daño jurídico pues este únicamente se causa en rigor jurídico con actos administrativos existentes pero inválidos, y los actos administrativos inexistentes (como lo serían los de la hipótesis legal demandada) carentes de requisitos esenciales no propinan daños que el Estado deba reparar, luego existe una petición de principio que hace irrazonable el texto legal. La inexistencia por esas causas desemboca en hechos, operaciones u omisiones subsumibles en la acción de reparación, que no exige la preexistencia ontológica y jurídica del acto administrativo como lo menciona la norma aludida, quedando la regla de la Ley 678 vacía de contenido y, más aún, si existe error excusable que sustrae la culpabilidad; por lo cual no hay culpabilidad y se desconocen los arts. 90-2 y 29 constitucional.

En ese sentido, la violación constitucional se erige en la irracionalidad con la cual fue construida la figura, desconociendo los límites impuestos en ella por la Constitución al Congreso, como en todas las materias que le compete desarrollar. El Legislador de 2001 ha confundido si de ello se trata, los elementos esenciales del acto administrativo con las formalidades, al referirse a las "formas sustanciales o de la esencia", cuando éstas, las esenciales no son "formas" sino "elementos", y aquellas "formas sustanciales", aceptando la terminología, son las clásicas solemnidades *ad substantiam actus*. Empero en uno y otro caso, decaemos con sus omisiones en la inexistencia del acto administrativo, superando las remembranzas de la nulidad absoluta por fatal de los requisitos legales esenciales y de las solemnidades *ad substantiam actus*. Aparece así entre nosotros la inexistencia excusable y la inexistencia inexcusable, las dos innecesarias, puesto que la regulación de la situación está dada por la acción de reparación directa sin sacrificar la *sindéresis*: se juzgan los hechos en ese caso, no la inexistencia de los actos. Y en el campo jurisdiccional "las vías de hecho judicial".

"Violar manifiesta e inexcusablemente el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física u corporal".

Una primera impresión es que la distinción que se efectúa en la violación del debido proceso al limitarla al proceso penal, hecho de suyo grave, equivale a cercenar el primero de los incisos del art. 29

constitucional que no permite escisiones en la observancia del debido proceso, como las que se denuncian. Es contrario al régimen constitucional la violación del debido proceso, tanto en las actuaciones administrativas según el primer inciso del art. 29 en concepto del propio constituyente, para dar ejemplo de su drasticidad, como en las actuaciones judiciales. Aunque bien es cierto que ésta sería una especialización de la hipótesis legal del número 1 del mismo artículo, en tanto consiste en una violación de las normas de derecho, y repetición del número 5 del artículo 5 de la Ley 678.

Las violaciones del debido proceso no están calificadas en la Carta Política como "manifiestas e inexcusables" para establecer sus sanciones y decir que las excusables no son violaciones de ese derecho fundamental, por lo que de bulto esa distinción es contraria a la propia Carta fundamental; pero menos lo es limitándolas a la "detención arbitraria" en lo sancionatorio penal o policivo en que sea admisible, ni por la dilación de la observancia del debido proceso en la observancia de los términos legales, solamente en estos procesos, dejando o discriminado la violación en los restantes procesos.

En cuanto se ha modificado en texto de la ley estatutaria (la Ley 270) mediante una norma ordinaria, es suficiente hecho para que exista desconocimiento de la Constitución, y más si las distinciones de tratamiento se avienen con la vigencia de los arts. 13 y 29 del ordenamiento fundamental, como que esa norma del número 4 del art. 6º de la Ley 678 alude a especies de la responsabilidad estatal en la administración de justicia, actual materia de la ley estatutaria, que así resultó modificada pero sin la observancia de los trámites asignados para las leyes estatutarias, por lo cual se violó el art. 153 de la Carta.

Aquí repetiríamos nuestras observaciones sobre la introducción en la regla de las expresiones "manifiesta e inexcusable", que daremos por reproducidas de los restantes párrafos, por donde se llega nuevamente a la violación del art. 29 superior.