

**RELEVANCIA JURÍDICA DE LAS CONDUCTAS DOLOSAS O GRAVEMENTE CULPOSAS EN LA ACCIÓN
DE REPETICIÓN**



JENNY LILIANA LÓPEZ JIMENEZ

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de
Magíster en Derecho Administrativo

Director
JESUS CALDERA YNFAnte

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ D.C., noviembre de 2019**

**RELEVANCIA JURÍDICA DE LAS CONDUCTAS DOLOSAS O GRAVEMENTE CULPOSAS EN LA ACCIÓN
DE REPETICIÓN**
LEGAL RELEVANCE OF INTENTIONAL CONDUCT OR GRAVELY GUILTY IN REPETITION ACTIONS

Resumen

La acción de repetición no estableció una condena distinta entre la conducta dolosa y la gravemente culposa del servidor público, ameritando así un análisis a la hora de abordar el problema de la indeterminación de la condena. Para lo cual, se valoró el tratamiento legal en otras disciplinas, estableciendo similitudes o diferencias al momento de resolver el caso judicialmente. La jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Interamericana permitió observar el desarrollo de la conducta y su incidencia en las condenas dentro de los asuntos del respectivo tribunal, haciendo uso de una metodología aplicada, partiendo de un análisis doctrinal y legal de la figura misma de la acción de repetición, un método analítico-deductivo del deber ser de las condenas y la pertinencia de una consecuencia jurídica diferente. Esto conllevó a establecer la relevancia jurídica que tiene la conducta al imponer una condena en contra del servidor público y su articulación con el perjuicio patrimonial causado al Estado, proponiendo una diferencia en la aplicación de los conceptos de dolo y culpa grave respecto a un particular y un servidor público, en presencia de dolo o culpa y si existe un número plural de demandados.

Abstract

The repetition action did not establish a different condemnation between the malicious behavior and the seriously guilty of the public servant, meriting an analysis when addressing the problem of the indeterminacy of the sentence. Legal treatment was valued in other disciplines, establishing similarities or differences when solving the case judicially. The jurisprudence of the Council of State and the Inter-American Court allowed us to observe the development of the conduct and its incidence in the sentences within the affairs of the respective court, using an applied methodology, based on a doctrinal and legal analysis of the same figure of the action of repetition, an analytical-deductive method of the duty to be of the sentences and the relevance of a different legal consequence. This led to establishing the legal relevance of the conduct by imposing a conviction against the public servant and its articulation with the property damage caused to the State, proposing a difference in the application of the concepts of fraud and serious fault with respect to a particular and a public servant, in the presence of fraud or fault and if there is a plural number of defendants.

Palabras clave

[Servidor público, responsabilidad patrimonial, dolo, culpa grave, graduación, condena, patrimonio público.

Keywords

[Public servant, patrimonial responsibility, intention, gravely guilty, graduation, conviction, public patrimony]

Introducción

Contexto del problema

La Carta de 1991, incorpora la responsabilidad del Estado en su artículo 90, estableciendo la responsabilidad por la generación de daños antijurídicos, derivando la obligación de reparar a las víctimas, como consecuencia del actuar lesivo por parte de uno o varios de sus agentes. La Ley 678 de 2001, contempla en los artículos 5 y 6 un listado de conductas constitutivas de dolo y otro de conductas constitutivas de culpa grave, permitiendo así facilitar la resolución de los casos que cuentan con mérito para iniciar las respectivas acciones de repetición. Dichas conductas, son consideradas por la jurisprudencia como presunciones de responsabilidad patrimonial que deberán ser objeto de prueba dentro del debate jurisdiccional, propendiendo siempre por la recuperación y protección del erario público.

No obstante, a pesar de la diferencia conceptual existente en la conducta desplegada a título de dolo y la desplegada a título de culpa grave, al momento de proferir sentencias en contra de los diferentes agentes del Estado, el fallador no hace una variación de la condena derivada de la conducta, tal como si sucede en la Jurisdicción civil, penal, disciplinaria o fiscal, donde la conducta es diferenciada y determinante de diferentes decisiones de fondo, en caso de probarse una de ellas. La lectura de la norma permite observar que el legislador pretende consecuencias jurídicas diferentes, en virtud de la consagración de presunciones de dolo y de culpa, mas no un listado de conductas que las unifique y que en caso de llegarse a un proceso judicial, la condena se daría en iguales términos indistintamente de la conducta.

Descripción del problema

El problema de la indeterminación de la consecuencia jurídica de una conducta dolosa o gravemente culposa en materia de acciones de repetición, implica un desconocimiento contextual de las condiciones subjetivas del comportamiento del agente o ex agente del estado y su responsabilidad al momento de establecer el deber o no de reparar al Estado por el perjuicio patrimonial causado. Por ello, el esclarecer la modalidad de la conducta es determinante para establecer la responsabilidad civil del funcionario, la graduación de la condena y evitar así el detrimento patrimonial del Estado, toda vez que, a la fecha la norma no distingue consecuencia jurídica cuando se demuestra uno u otro comportamiento (doloso o culposo), siendo el propósito de la investigación establecer que no puede asimilarse una conducta dolosa a una gravemente culposa, más aún, cuando el análisis se enfoca a un “servidor público” y no la de un particular, donde el conocimiento y funciones no son las mismas, dentro del cumplimiento de los fines del Estado.

Pregunta de investigación

Dicho lo anterior, la pregunta de investigación que se responderá con este trabajo es ¿Cómo la conducta dolosa o gravemente culposa de los agentes o ex agentes del Estado, constituye factor relevante en la graduación de la condena en acciones de repetición?

Justificación de la investigación

La ley 678 de 2001 reglamentó la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición, pero no fijó una condena diferenciadora entre la conducta dolosa y la gravemente culposa, haciendo entrever la carencia de elementos distintos para variar los efectos jurídicos derivados del factor subjetivo de la actuación. Así, algunas entidades se limitan simplemente a verificar el cumplimiento de los presupuestos procesales de la referida acción y una vez acreditados los elementos objetivos, dejan que el operador jurídico al momento de proferir la condena, considere de manera indiferente si la conducta se cometió a título de dolo o de culpa grave, cuando es claro que, la conducta es diferente para los distintos supuestos. Si bien la intención del legislador se enmarca en la recuperación de los dineros públicos, aun así, no es admisible el desconocimiento de la necesidad de definir una consecuencia distinta cuando se está en presencia de comportamientos derivados de intenciones diferentes, tal como sucede con actuaciones dolosas y culposas.

En consecuencia, en el evento que exista concurrencia entre (dos o más agentes del Estado) en donde alguno(s) cometieron la conducta a título de dolo y los demás a título de culpa grave, la ley no brinda las herramientas con las cuales el juez pueda determinar la forma en que deberán asumir la responsabilidad los agentes o ex agentes del Estado, tanto en lo relacionado con el capital perdido, como respecto a la depreciación que la moneda ha sufrido, al momento en que debe reintegrarse el dinero a las arcas del Estado., razón por la cual se hace indispensable abordar el tema y propender por la solución más adecuada y pertinente sin ir en detrimento de los derechos de los servidores públicos y menos aún, del mismo Estado.

Objetivos de la investigación

Objetivo general

Determinar como la conducta dolosa o gravemente culposa de los agentes o ex agentes del Estado, constituye un factor relevante en la graduación de la condena en acciones de repetición.

Objetivos Específicos

1. Analizar el dolo y la culpa grave de los agentes del Estado en la sanción de las acciones de repetición y en las distintas materias que se conocen en sede jurisdiccional en Colombia.
2. Describir como el ordenamiento jurídico colombiano por vía legal o jurisprudencial ha definido una consecuencia jurídica diferenciada por conductas dolosas o culposas de los agentes del Estado en los procesos de acción de repetición.
3. Identificar la reglamentación de ordenamientos jurídicos análogos como Francia y España sobre los casos de responsabilidad patrimonial del Estado y sus agentes, así como el Sistema Interamericano De Derechos Humanos que ha concebido la responsabilidad de los servidores públicos en casos de responsabilidad de los Estados.]

Metodología de la investigación

[La presente investigación aplica una metodología con base en el estudio legal, doctrinal y jurisprudencial permitiendo establecer los parámetros de aplicación de la acción de repetición, y la forma en que se atiende al concepto de dolo y culpa grave al momento de determinar la condena respecto a la responsabilidad patrimonial del funcionario o exfuncionario público.

Asimismo, aplica un método analítico deductivo, que permita a través de la legislación nacional analizar el concepto y aplicación del dolo y la culpa grave dentro de los distintos asuntos en los cuales se puede enmarcar la responsabilidad de los servidores públicos, con lo cual se pueda identificar si ante la presencia de una u otra conducta, existe una graduación distinta y trasladar dicha técnica a las acciones de repetición. A continuación, se estudia la evolución jurisprudencial en el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, con lo cual se establece el desarrollo interpretativo y aplicativo de lo dispuesto en el artículo 6 y 90 Constitucional, así como de la misma ley 678 de 2001, para finalmente, observar a través de la reglamentación de ordenamientos jurídicos análogos como Francia y España y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos aquellos casos de responsabilidad patrimonial del Estado y sus agentes, con lo cual se brinden mayores elementos de análisis de la forma en la que se da aplicación de las acciones de repetición y los criterios que soportan las decisiones de los jueces al momento de graduar las condenas contra los servidores públicos responsables.

De esta manera, el analizar la relevancia jurídica de la conducta, permite obtener un mayor estándar de justicia tanto frente al Estado como del servidor público, el cual podría lograrse a través de la propuesta académica que se plantea con el fin de solventar el vacío respecto a la dosimetría de la pena a imponer en las acciones de repetición.

Desarrollo

La investigación respecto a la forma que es relevante la conducta de los servidores o ex servidores públicos al momento de condenar requiere un abordaje inicial desde la concepción de las conductas dolosas y gravemente culposas en las distintas materias en sede jurisdiccional y administrativa en Colombia, que permite tener claridad sobre la aplicabilidad en cada una y su diferencia con las demás. Consecuentemente se verá el desarrollo legal y jurisprudencial en Colombia, evidenciando la forma de aplicación y consideraciones de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, respecto a las conductas dolosas y culposas en los servidores públicos, para culminar con un estudio comparado de algunos países en los cuales se ha desarrollado figuras similares a las acciones de repetición y sus consideraciones legislativas, así como la forma en que desde el sistema interamericano de derechos humanos.

ANÁLISIS DEL DOLO Y CULPA GRAVE DE LOS AGENTES DEL ESTADO EN LA SANCIÓN DE LAS ACCIONES DE REPETICIÓN Y EN LAS DISTINTAS MATERIAS QUE SE CONOCEN EN SEDE JURISDICCIONAL EN COLOMBIA

SECCIÓN I. CONDUCTAS DOLOSAS Y GRAVEMENTE CULPOSAS EN EL CONTEXTO COLOMBIANO

Análisis de las disposiciones contenidas en la Ley 678 de 2001. La Carta constitucional de 1991 ha determinado unos elementos esenciales de actuación de la administración, derivados de la estructura del poder públicos y sus principios orientadores, dentro de los cuales, resalta el modelo de Estado Social de Derecho y el principio de responsabilidad. Así, se ha pretendido que la administración pública desarrolle su actividad con apego a los mandatos constitucionales, siendo el servidor público el principal medio a través del cual busca llegar a los ciudadanos y materializar los fines que se han propuesto en el artículo 2 de la Constitución Política.

Es preciso acudir a lo dispuesto en el artículo 6 constitucional, en donde se analiza el alcance y límites de la actuación de los servidores públicos, así como también lo hace en relación a la actuación de los particulares manifestando que tanto los particulares como los servidores públicos están en la obligación de dar cumplimiento a lo dispuesto en la Constitución y la ley, enfatizando que éstos últimos no podrán desligarse de lo dispuesto en la Carta, so pena de ser objeto de investigación disciplinaria, en caso de omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (Const., 1991). Lo anterior, lleva consigo una relevancia jurídica importante en relación a quienes ostentan la calidad de servidores públicos y el deber de conocer el papel asumido, no solamente al interior de la administración pública, sino, además, de cara al cumplimiento de las obligaciones que conlleven a la satisfacción de los intereses de los ciudadanos.

El asunto de la responsabilidad constituye un factor relevante para el alto tribunal de lo Constitucional, pues ha considerado de vital importancia principios como la eficiencia y la eficacia, dentro de las obligaciones en cabeza de la administración:

“En este sentido, ha sostenido que estos dos principios se orientan hacia la verificación objetiva de la distribución y producción de bienes y servicios del Estado destinados a la consecución de los fines sociales propuestos por el Estado Social de Derecho. **Por lo tanto, la administración necesita un apoyo logístico suficiente**, una infraestructura adecuada, **un personal calificado...**” (Corte Constitucional Colombiana, C-826, 2013)

Asimismo, la Constitución ha señalado que, así como se vale de los servidores públicos para el ejercicio propio de sus funciones, también define las bases de su actuación y la fuente de sus derechos y sus obligaciones, tal como lo define el artículo 123 de la Carta Constitucional.

El artículo 124 Constitucional manifiesta que “la Ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva” (Const., 1991), con lo cual se deriva la necesidad del legislador de expedir la Ley 678 de 2001, por medio de la cual desarrolló los postulados constitucionales derivados de la cláusula de responsabilidad contenida en el artículo 90.

En este orden de ideas, en el entendido y reconocimiento de la responsabilidad de los Estados ante la generación de daños antijurídicos, el constituyente derivado en cabeza del órgano legislativo del Estado Colombiano, dentro de las obligaciones de reglamentación emanadas del texto constitucional en su artículo 90 y 91, el cual señaló precisamente la posibilidad de endilgar responsabilidad patrimonial al Estado, sin desconocer el papel asumido por los servidores públicos.

En consecuencia, se expide la Ley 678 de 2001, a través de la cual se determinó la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos, cuando se han presentado conductas en uno de dos sentidos, primero, estableció que el principio de responsabilidad de los servidores públicos consagrados en el artículo 6 Constitucional, señala el deber de cumplir con la Constitución y la ley, en los mismos términos que un particular, pero además que “(...) Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones” (Const.,1991. Art. 6), con lo cual, se puede deducir que la calidad de servidor público lleva de manera explícita el deber de un comportamiento tal, que no puede sobrepasar e incluso desconocer las funciones públicas, propias para el efectivo logro de los fines del Estado, señalados en el artículo 2 Constitucional. En tal sentido, el funcionario puede dar lugar a responsabilidad patrimonial del Estado, ya sea por la omisión, el desconocimiento e inoperatividad de las funciones asignadas al cargo público desempeñado, como, por la extralimitación de las funciones, cuando el ejercicio de éstas, están regladas en el manual de funciones del cargo en particular, las cuales deben ser acatadas en los estrictos términos en que se definen. Segundo, señala que además del comportamiento activo u omisivo del funcionario, éste puede haber desplegado una conducta a título de dolo, traducible en la intención de pretender el logro de resultados contrarios a los fines del estado, o, por el contrario, actuar gravemente culposos, el cual ha sido determinado en la precitada Ley 678.

Tanto para la conducta dolosa como gravemente culposa, el legislador, por considerar importante la determinación de la conducta, desarrolló en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, una serie de comportamientos considerados presunciones de responsabilidad, a través de la que se hace la distinción de cuales son conductas dolosas¹, como de cuales son entendidas como gravemente culposas², (Ley 678, 2001).

¹ Artículo 5. Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del estado. Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas:

1. Obrar con desviación de poder.

La anterior determinación de las presunciones de conductas, conduce a creer que la conducta dolosa, carece de una asimilación jurídica a la de culpa grave, concepto disímil que llevó al legislador a promover unas conductas presuntivas de cada conducta, tal como se evidencia en la norma anteriormente citada.

Así fue consignado dentro del estudio del articulado en la exposición de motivos de la Ley 678 de 2001, en donde se señaló dichas **presunciones sirven de herramienta de interpretación para los operadores jurídicos**. (Congreso de Colombia, 2001).

En consecuencia, uno de los propósitos del legislador con la definición de las presunciones de dolo y culpa, se enmarca en la posibilidad de bridar al operador jurídico, en cabeza del juez, herramientas de interpretación que le permitan desempeñar adecuadamente su función, más aún al referirse de la responsabilidad patrimonial de un servidor público.

Puede entonces ser considerado un intento de facilitar la actividad probatoria de la entidad pública condenada y legitimada para adelantar la acción de repetición e incluso frente al funcionario contra quien se adelanta la acción, tal como la Corte Constitucional lo ha referido al momento de adelantar el juicio de constitucionalidad de la norma, señalando que:

“(…) las presunciones legales tienden a corregir la desigualdad material que pueda llegar a existir entre las partes respecto del acceso a la prueba, y a proteger a la parte que se encuentre en situación de indefensión o de debilidad manifiesta, para lo cual el legislador releva a quien las alega en su favor de demostrar el hecho deducido, promoviendo, de esta forma, relaciones procesales más equitativas y garantizando bienes jurídicos particularmente importantes.” (Corte Constitucional Colombiana, C-372, 2002)

Dentro de dicho control de la norma, no se cuestiona la intencionalidad del legislador en su propósito de facilitar el trámite procesal de la acción de repetición, sin dejar en condiciones desiguales las cargas de las partes en el proceso, pues evidentemente es procedente dentro de la técnica legislativa, establecer presunciones contra las cuales puede presentarse los elementos de prueba en contrario que permita demostrar una de las dos posturas en disputa, la responsabilidad patrimonial o no.

-
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 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 auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial.

² Artículo 6. Culpa grave. La conducta del agente del Estado 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.

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 de decisión anulada, 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.

Violar el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal”.

Tipología de las conductas de los agentes en materia de repetición. En lo precedente se logra identificar el deber del Estado y en consecuencia el deber de los servidores públicos que permitan ser los medios a través de quienes se logra materializar la actividad de la administración pública y así, los postulados constitucionales. Para ello, es necesario que el servidor público cuente con unas características propias que se articulen a la función misma que desempeña y que además gocen de coherencia con la institución a la que representan, como lo es el Estado, para lo cual la ética pública cuenta con un papel determinante, Bautista (2007) afirma que:

“(…) la ética pública se refiere al perfil, formación y conducta responsable y comprometida de los hombres encargados de las cuestiones públicas. Más allá del conocimiento profesional que posean quienes laboran en la función pública, es importante que sean individuos que estén inmersos en la moral pública. Todo aquel que ingrese al ámbito público debe pasar por el filtro de la ética a fin de ser tocado por los valores y virtudes públicas. En suma, se entiende por ética pública la parte de la disciplina ética que trata los comportamientos de los gobernantes y funcionarios públicos en el desarrollo de su trabajo, y tiene por fin lograr que el servidor público aplique el sentido del deber en beneficio del Estado.” (P. 3).

Esto implica, que además de la necesidad de conocer los asuntos públicos dentro de la función que se desempeña como servidor, es fundamental contar con personas que gocen de ética y moral pública, con lo cual se genere la disciplina y la conciencia en los efectos o consecuencias que conlleva el despliegue de una determinada actuación. Adicionalmente, la visión del servidor debe atender no solo la necesidad de responder a los intereses del Estado, sino al cumplimiento de la esencia de la actividad de la administración con relación a la respuesta a las demandas de las necesidades sociales.

Por lo cual, se considera importante que se atienda a la calidad de la persona y las funciones a su cargo, las cuales deben estar orientadas a mantener incólume la esencia de la entidad a la que se representa. El servidor público, debe no solamente tener el conocimiento profesional de las funciones que cumple, sino además conocer los aspectos misionales de la entidad, con el fin de articular la actividad con los fines propios que representa dentro de la entidad.

Con el ánimo de establecer el régimen aplicable a los casos en los cuales se pretenda la recuperación de los dineros públicos con ocasión de la conducta lesiva de unos de los funcionarios del Estado, previo a la vigencia de la Ley 1437 de 2011, se contaba con la aplicabilidad del Decreto 01 de 1984. Este último decreto, en su artículo 78 regulaba la acción de reparación directa como el mecanismo judicial para que el servidor público reintegrara los recursos públicos perdidos, como consecuencia de la condena a la entidad, donde el Consejo de Estado,

“(…) determinó que los perjudicados podrán demandar, ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo según las reglas generales, a la entidad, al funcionario o a ambos y que si llegase a prosperar la demanda contra la entidad o contra ambos y además se consideraba que el funcionario debía responder, en todo o en parte, la sentencia dispondría que satisficiera los perjuicios la entidad. Pero al efecto dejó en claro que en este caso la entidad debía repetir contra el funcionario por lo que le correspondiere”. (Consejo de Estado, sección tercera, subsección B

sentencia de 08 de julio de 2016, rad. 25000-23-26-000-2008-10548-01 (42419), C.P. Ramiro Pazos Guerrero).

De esta manera, el Estado tiene el deber de analizar si la conducta del funcionario ameritaba repetir contra éste, en caso de evidenciar una conducta lesiva a los fines de Estado, sin que propiamente existiera la figura de repetición. La figura propiamente reconocida como acción de repetición solo nace con la Ley 678 de 2001, pues el procedimiento jurídico aplicable previo a ésta, correspondía a la acción de reparación directa, la cual se ejercía teniendo en cuenta la pretensión de reparación patrimonial a favor del Estado.

Así las cosas, el régimen aplicable antes de 2001, correspondía al Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, bajo la institución procesal de reparación directa, para luego, permitir la regulación legal propiamente de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 90 Constitucional, incorporando las conductas prescritas constitucionalmente a modo de dolo o culpa grave.

Esta tipología de conductas dolosas o gravemente culposas, desde la expedición de la Constitución de 1991, toman especial relevancia jurídica para viabilizar o no la acción de reparación directa a favor del Estado o, por el contrario, la prosperidad de la acción de repetición. Es así que, la Ley 678 consideró indispensable abordar la tipología de las conductas de los servidores públicos a título de dolo o culpa grave, estableciendo una serie de conductas que podrían presumir alguno de las dos tipologías. Pero dejando aun todavía, un campo amplio de interpretación y en consecuencia de aplicación, sumado a que, en caso de no encontrarse el comportamiento ajustado a alguna de las presunciones, se asumía por parte del aplicador jurídico, la inexistencia de un comportamiento reprochable al funcionario público.

Rodríguez (2005) en lo atinente a la regulación de la AR, expone aspectos tales como: quiénes deben responder; formas para determinar la responsabilidad, ya sea a través del llamamiento en garantía o de la AR; conducta dolosa y culposa; competencia, procedimiento; término de caducidad, etc. (p.9)

De la misma manera, Galindo (2004) trata la responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos en Colombia y la noción de pretensión indemnizatoria, la que prefiere en reemplazo de la denominada AR consagrada en la Ley 678 de 2001. También cita otras disposiciones legales y la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional sobre la materia, con lo cual se logra intentar consolidar una unidad normativa a través de la cual se logre los propósitos de proteger el patrimonio público.

SECCIÓN II. MIRADA DESDE LAS DISTINTAS MATERIAS EN LA JURISDICCIÓN COLOMBIANA

En materia penal y disciplinaria. Dentro del estudio jurídico, es necesario realizar un análisis de la jurisdicción en las materias donde se cuenta con un concepto de dolo y culpa grave, con el fin de poder determinar el tratamiento de la conducta y su consecuencia jurídica, dentro de las decisiones de fondo adoptadas, particularmente en materia penal y disciplinaria.

En materia penal. La legislación colombiana en materia penal, dentro de su desarrollo legislativo y desde el Decreto Ley 100 de 1980 hasta la Ley 599 de 2000, actual Código Penal Colombiano, se ha definido con claridad un concepto de dolo y culpa, con lo cual el juez podrá analizar los elementos facticos y las disposiciones normativas aplicables, tendientes a que las

decisiones adoptadas gocen de objetividad y garantía de los derechos involucrados, tanto de quien se encuentra como procesado, como de los derechos en cabeza del Estado.

Para los efectos del análisis que se adelanta, los artículos 22 y 23 de la Ley 599 (2000), señalan una diferencia entre las dos conductas de dolo y culpa³. Por un lado, refiere el concepto aplicable de dolo entendiéndolo como el conocimiento de un comportamiento contrario a la ley penal y que, a pesar de la conciencia existente frente a la ilegalidad, se propone conducir sus acciones a la materialización de dicho propósito. Adicionalmente, la norma misma dispone que el resultado del comportamiento, no se deja al azar, con lo cual se entiende el deseo, interés o intención de desplegar un comportamiento contrario a las disposiciones legales y constitucionales vigentes en el Estado, siendo consciente y avalando las consecuencias lesivas de derechos que pudiera generarse con la conducta desarrollada.

Por el contrario, al referirse a la conducta entendida como culposa, señala la presencia de una conducta típica, es decir una conducta considerada reprochable o lesiva de derechos fundamentales, pero en la cual no se presenta el deseo o interés del sujeto activo de la conducta, de causar una afectación a un bien jurídicamente tutelado. La conducta, manifiesta la norma, no atiende a elementos mínimos de cuidado y previsibilidad que cualquier persona podría evidenciar en su comportamiento, con lo cual, vislumbra una de dos consecuencias, primero, el total descuido en el despliegue de la conducta, poniendo en riesgo bienes jurídicos tutelados los cuales no son previstos, siendo viable su previsibilidad y anticipación a la reducción de los riesgos a los que se expone, o segundo, que aun cuando el sujeto conoce las posibles consecuencias lesivas que pueden afectar bienes jurídicos, se decide dar continuidad a la conducta, considerando poder reducir las condiciones del riesgo y evitarlo, bajo el entendido de contar con la pericia, técnica o habilidades suficientes para evitar la generación de un daño.

En el mismo sentido, la norma se detiene a brindar los elementos bajo los cuales el juzgador deberá ceñirse para efecto de determinar la condena, tal como lo hace en el artículo 61 del Código Penal, manifestando que “(...) el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo” con lo cual le permite al juez contar con un método para determinar la pena a imponer.

Lo anterior, conlleva a que el juez pueda determinar con mayor propiedad, la dosimetría de la conducta desplegada por el presunto infractor de la ley penal, lo cual se traduce en que el Juez cuenta con mayores elementos de juicio para determinar la pena considerando aspectos como “la **mayor o menor gravedad** de la conducta, el **daño real o potencial creado**, la naturaleza de las **causales que agraven o atenúen** la punibilidad, la **intensidad del dolo**, la **preterintención** o la **culpa concurrente**” Negrilla fuera del texto original, (Ley 599, 2000).

Conforme a lo referido por la norma, el juez podrá resolver el caso objeto de análisis, siempre y cuanto atienda a criterios como la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa, factores que

³ Artículo 22. Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.

Artículo 23. Culpa. La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo.

en primer lugar son imperativos para los juzgadores, pero del mismo modo, brindan elementos con los cuales el juez puede imponer o no una condena, derivada de un análisis objetivo. Así, claramente la norma, facilita la adopción de una determinada decisión conforme a los parámetros normativos a su disposición.

En materia disciplinaria. El Derecho Disciplinario no ha contado con un concepto especial de dolo y culpa grave, razón por la cual, en caso de vacíos en la norma disciplinaria, remiten la solución a las normas penales, por lo cual se atenderá a lo precedente. En consecuencia, varias de las disposiciones en materia disciplinaria han sido nutridas por la jurisprudencia colombiana, donde para el caso particular, se han generado algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional, dentro de los cuales podemos encontrar la sentencia C-155 de 2002, citada por la sentencia T-319A de 2012,⁴ en donde la Corte Constitucional, claramente hace alusión a la calidad del sujeto, es decir, el servidor público y la prohibición de afectar los bienes jurídicamente tutelados por el ordenamiento jurídico, respecto a las funciones públicas y principios orientadores de la función administrativa, con lo cual se propende por un análisis más detenido de las conductas de los agentes del Estado.

Así esta alta Corporación decantó el concepto de dolo y culpa en materia disciplinaria, donde la sentencia en cita, refirió que el dolo es el conocimiento de la situación típica y que aun así decide actuar en contravía a éste, por lo que se concluye que quiere su resultado, (Corte Constitucional, T-319A, 2012)

Adicionalmente, la misma providencia de la Corte manifestó que el tema no solo ha sido abordado por la jurisdicción sino que la misma Procuraduría General de la Nación, ha expresado su concepto en relación a la conducta dolosa, la cual se enlaza con lo dispuesto en el artículo 122 constitucional, pues al momento en que un servidor público asume sus funciones, adquiere un compromiso no solo de conocer, sino además de cumplir con la Constitución, la ley y los reglamentos, por lo que se obliga a mantener un comportamiento conforme a dichas disposiciones. Por lo cual, en caso de considerar el servidor público que su conducta se ajusta a las obligaciones a su cargo deberá “probar, de manera fehaciente, que ha sido contra su querer o ajena a su voluntad la actuación que vulnera el ordenamiento, o que su propósito fue diferente al conseguido, o que actuó suponiendo unos resultados, pero sobrevinieron unos diferentes”. (sentencia T-319A de 2012).

En este orden de ideas el concepto, de dolo y culpa, además de remitirse a lo expresado en materia penal, ha sido objeto de desarrollo por parte de la Procuraduría General de la Nación, en donde hace alusión a lo precedente, la calidad de servidor público lo cubre de unas características propias del funcionario ejemplar de la administración, donde responde a los postulados constitucionales derivados del artículo 6, en el cual señala la obligación de cumplir con la

⁴ En principio a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, salvo que sea imposible admitir que el hecho se cometió culposamente como cuando en el tipo se utilizan expresiones tales como “a sabiendas”, “de mala fe”, “con la intención de” etc. Por tal razón, el sistema de *numerus apertus* supone igualmente que el fallador es quien debe establecer cuáles tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa partiendo de la estructura del tipo, del bien tutelado o del significado de la prohibición.

Constitución y la ley, pero asimismo, la obligación de dar cumplimiento estricto de las disposiciones legales respecto a las funciones asignadas al cargo público que ocupa. El servidor público a diferencia del particular, tiene la obligación de someterse únicamente a lo que la ley le determine, evitando que incurra en omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, so pena de ser acreedor de las acciones disciplinarias del caso.

No obstante lo anterior, con la expedición de la Ley 1952 de 2019, por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario y deroga las disposiciones de la Ley 734 de 2002, se establece el concepto de dolo y culpa⁵, producto de esta actualización normativa, se define la modalidad conducta reprochable al servidor público, ubicando la culpa grave y la culpa gravísima, lo que permite que sobre ellas se pueda adelantar una investigación encaminada a sancionar el actuar del funcionario y deja de lado la posibilidad de sancionar las conductas constitutivas de falta leve.

Sin embargo, en el artículo 38 de los deberes de todo servidor público, describe el legislador una serie de conductas predicables del funcionario y sobre los cuales podría determinarse una eventual conducta dolosa o gravemente culposa, pues, como se ha manifestado particularmente, a pesar de la existencia de presunciones de dolo y culpa para efecto de la acción de repetición, no son suficientes para el objetivo mismo de la Ley 678, encaminada a la conservación del patrimonio público.

Sería una oportunidad para los funcionarios de las entidades públicas como de los jueces, para contrastar los deberes de los servidores públicos con las conductas eventualmente constitutivas de dolo o culpa, con el fin de abrir el abanico de posibilidades en las que se puede determinar el debido o indebido actuar del funcionario. Sin embargo, el centro de atención pretendido continúa sin resolverse, pues, la variabilidad de la conducta debería derivar en la variabilidad de la condena. Es por ello que se presenta una clara omisión legislativa, en la determinación de los efectos jurídicos aplicables a la culpa y el dolo en materia de repetición.

A pesar de lo anterior, el legislador en materia disciplinaria intenta establecer algunos parámetros bajo los cuales el juzgador defina el sentido del fallo, sin dejar de lado el contenido mínimo que define la ley, que deberá contener entre otros aspectos, el análisis y la valoración jurídica de los cargos, de la culpabilidad, la fundamentación en la calificación de la falta y además exponer de manera clara y fundamentada los criterios que serán utilizados para graduar la sanción, (Ley 1952, 2019, Art. 231), éste último, es determinante dentro del ejercicio de la actividad judicial o administrativa que conlleve una sanción o condena, pues es el eje central de la investigación, en el sentido de identificar con claridad los elementos que soportan una determinada decisión y no dejar una misma sanción o condena, cuando claramente se observan conductas evidentemente reprochables, pero diferentes.

⁵ Artículo 28. Dolo. La conducta es dolosa cuando el sujeto disciplinable conoce los hechos constitutivos de falta disciplinaria, su ilicitud y quiere su realización.

Artículo 29. Culpa. La conducta es culposa cuando el sujeto disciplinable incurre en los hechos constitutivos de falta disciplinaria, por la infracción al deber objetivo de cuidado funcionalmente exigible y cuando el sujeto disciplinable debió haberla previsto por ser previsible o habiéndola previsto confió en poder evitarla. La culpa sancionable podrá ser gravísima o grave. La culpa leve no será sancionable en materia disciplinaria. Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento.

En materia fiscal y civil. Tal como se realiza en materia disciplinaria y penal, es importante, tener clara la concepción y aplicación de las conductas dolosas y gravemente culposas, con lo cual se pueda contar con una visión jurídica amplia de los comportamientos, desde la jurisdicción civil y fiscal.

En materia de derecho fiscal

En materia fiscal, el legislador expidió la Ley 610 de 2000, a través de la cual, regulo aspectos inherentes a la responsabilidad fiscal, y en lo concerniente a la presente investigación, el artículo 6⁶ de la norma *ibídem*, hace referencia a otra de las formas de generar una afectación al patrimonio del Estado por la conducta del agente del Estado, además de las mencionadas en las acciones de repetición.

De otro lado, la Corte Constitucional se pronunció frente a los juicios de responsabilidad, manifestando que dentro de las actuaciones evaluadas encuentra relevante la identificación de una conducta dolosa o gravemente culposa, considerando este proceso fiscal, como las actuaciones administrativas que despliegan las Contralorías con el fin de determinar si un funcionario en ejercicio de funciones públicas y bajo la gestión de bienes o recursos públicos, asumió una conducta dolosa o gravemente culposa, a través de la cual se haya dado lugar a un detrimento del patrimonio del Estado. Una vez demostrado efectivamente el detrimento se deberá obligar a dicho servidor público o particular a la reparación de los daños ocasionados al erario público, producto de su conducta dolosa o culposa. (Sentencia C-382, 2008).

Esta misma providencia, refirió algunas de las características del proceso fiscal, en el cual se desataca la similitud respecto a la acción de repetición, en cuanto a que se refieren a acciones no sancionatorias, sino restituidoras por las pérdidas económicas del Estado, por conducta dolosa y culposa, en la cuales se valora la conducta desplegada por el agente que tiene a su cargo la administración de dineros o bienes públicos.

Igualmente, la Corte Constitucional en sentencia de 2014, manifestó que existen fundamentos mínimos bajo los cuales se puede dar lugar a un eventual proceso para determinar la responsabilidad fiscal de un servidor público, al manifestar que:

“(…) el criterio más exigente que puede establecerse por parte del legislador es la culpa grave. Es decir, en el marco constitucional actual no podría establecerse por parte del legislador un régimen de responsabilidad fiscal que tuviera como fundamento la culpa o la culpa leve, por cuanto desde el punto de vista del sujeto del proceso de responsabilidad dichos criterios son más exigentes que la culpa grave.” (Corte Constitucional, C-338, 2014, Consideración 3.2).

⁶ Artículo 6°. Daño patrimonial al Estado. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías. Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público. El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-340 de 2007.

Quiere decir entonces esta corporación, que la relevancia de la conducta, está determinada en la identidad de una conducta gravemente culposa, por lo cual continúa su análisis en relación a la acción de repetición y la acción fiscal⁷.

Esto lleva a comprender que las acciones de repetición y de responsabilidad fiscal, cuentan con aspectos similares respecto a fuente de orden constitucional y de la valoración del comportamiento del servidor público, enmarcándose en una responsabilidad subjetiva en los dos escenarios de responsabilidad.

Además, la Corte en el análisis de constitucionalidad de la Ley 610, declaró inexecutable las modalidades de conducta distintas a las de dolo y culpa grave, siendo incoherente con la responsabilidad patrimonial consagrada en el artículo 90, 267 y 268 constitucionales (Corte Constitucional, C-512, 2013)⁸.

La Corte Constitucional realizó análisis de la ley 1474 de 2011 estableciendo que de acuerdo con la misma constitución “[e]l **grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal será el dolo o la culpa grave**” –negrilla fuera del texto original- e, incluso, contiene eventos en los que el fundamento de la imputación –el dolo o la culpa grave- se presumen, presunciones que se consideraron acorde con el ordenamiento constitucional (Corte Constitucional, C-512, 2013).

En consecuencia, la amplia referencia de esta sentencia, permite comprender la necesidad de unificación de criterios de análisis de responsabilidad de los servidores públicos, en donde se evidencie un ejercicio objetivo de las normas que regulan la responsabilidad patrimonial, así como, la búsqueda de la materialización de las obligaciones de orden constitucional.

Asimismo, es claro saber cómo las conductas de los servidores públicos pueden dar lugar a distintos tipos de responsabilidades, los cuales atienden a responsabilidades relativas a obligaciones distintas, pero, derivadas también de una misma calidad de los sujetos activos, es decir, la de servidores públicos, aspecto considerado relevante al momento de resolver de fondo una actuación judicial, con la cual se pretende proteger bienes jurídicos distintos.

En materia de derecho Civil

Claramente el estudio realizado muestra las consideraciones de los conceptos de dolo y culpa que, a su vez, son aplicables dentro de las relaciones privadas de los asociados y no de los funcionarios públicos, en virtud de la existencia de normatividad aplicable como la ley 1437 de 2011 y las normas disciplinarias ya referidas.

⁷ Entonces, es evidente que en el plano del derecho sustancial y a la luz del principio de igualdad material, se trata de una misma institución jurídica, aun cuando las dos clases de responsabilidad tengan una consagración normativa constitucional diferente -la una el artículo 90-2 y la otra los artículos 267 y 268 de la Carta- y se establezcan por distinto cauce jurídico -tal y como lo había señalado esta Corte en la sentencia C-840/2001.” (negrilla fuera del texto original, resaltado propio)” (Corte Constitucional, C-338, 2014, Consideración 3.2).

⁸ “[l]a responsabilidad fiscal es de carácter subjetivo, pues para deducirla es necesario determinar si el imputado obró con dolo o con culpa. Al respecto, ha dicho la corte que en materia de responsabilidad fiscal está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y, por tanto, la misma debe individualizarse y valorarse a partir de la conducta del agente”– negrilla fuera del texto original. (Corte Constitucional, C-512, 2013)

Por lo anterior es importante ver como en materia civil se abordan los conceptos de dolo y culpa, y como constituyen un factor relevante al momento de tomar una decisión por parte de la jurisdicción. Así, el código civil señaló en su artículo 63, el concepto de culpa, distinguiendo tres especies de culpa, a saber, culpa grave, culpa leve y culpa levísima, siendo culpa grave, la actuación desplegada por particulares, constitutiva de dolo por la negligencia y la poca prudencia en el manejo de los negocios, por considerarse que, al proceder a esta conducta, se desea de alguna manera, la consecución de los resultados lesivos de los negocios administrados.

Respecto a la culpa leve refiere que ésta, es considerada como “la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. (...) Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

La culpa levísima, es considerada como “la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado”. (Código Civil, art 63).

Y finalmente, el mismo texto del artículo 63, estableció el concepto de dolo civil considerándolo como “El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”. (Código Civil, art 63).

Como se refirió en el abordaje inicial, las conductas dolosas y gravemente culposas son asimilables en la medida que, ésta última hace notar una conducta, que, si bien no tiende la consecución de un resultado lesivo a un tercero, el indebido comportamiento diligente conlleva a que se obtenga un resultado que afecta a una persona o propiedad de otro.

Por lo cual es importante realizar un acercamiento a las conductas dolosas y culposas al interior de la jurisdicción y su desarrollo en cada una de las sentencias tanto del consejo de Estado como de la Corte Constitucional en presencia de actuaciones de los servidores públicos.

Descripción del ordenamiento jurídico colombiano acerca del establecimiento por vía legal o jurisprudencial de la consecuencia jurídica diferenciada por conductas dolosas o culposas de los agentes del Estado en los procesos de acción de repetición.

Sección I – Consideraciones legislativas

Reflexión de algunas leyes en Colombia. La responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado ha sido contemplada en diversas normas de carácter legal, referentes al derecho con que cuentan los entes públicos para repetir en contra de sus funcionarios, que en razón a sus conductas han generado una condena en su contra. La acción de repetición no es una figura nueva dentro del ordenamiento jurídico colombiano, pues a pesar de no existir una ley que regulara la materia, ésta ya venía aplicándose en el campo del derecho público. Es así, como inicialmente a través de los artículos 194 y ss. Del Decreto-Ley 150 de 1976 se empieza a tratar el tema de la responsabilidad civil de los “empleados públicos y trabajadores oficiales” en ejercicio de la actividad contractual de las entidades públicas y comenzando su desarrollo legislativo hasta llegar a la ley que hoy en día desarrolla en su totalidad la acción de repetición, la Ley 678 de 2001.

El Decreto-Ley 150 de 1976, reguló lo concerniente a la responsabilidad civil de los “empleados públicos y trabajadores oficiales” resaltando que, por primera vez, este decreto estableció como criterio de análisis en la teoría de la responsabilidad “civil” de los agentes estatales, los conceptos de dolo y culpa grave, los cuales fueron posteriormente adoptados por otras normas sobre la materia. A continuación, el Decreto-Ley 222 de 1983 (derogado expresamente por la Ley 80 de 1993, en condiciones similares a la regulación dispuesta por el Decreto 150 de 1976), respecto a la responsabilidad de los agentes en la actividad contractual, determinó en su artículo 290 que los empleados oficiales, e incluso quienes ya no contaban con tal calidad, responderían por los perjuicios que causaron a las entidades públicas, a los contratistas o a terceros, por la celebración de contratos sin plena observancia de los requisitos y exigencias legales (Consejo De Estado, Sección tercera. Exp. 16.335). Estableció, además, en el artículo 296 la procedencia de la acción de repetición, a efectos de que la entidad que hubiere pagado alguna suma de dinero imputable al agente o ex-agente, repitiera en su contra por dicho concepto.

La expedición del Decreto 01 de 1984, anterior Código Contencioso Administrativo, comenzó a hablar de la acción de repetición, haciendo extensiva la figura de la acción de reparación directa la cual en su inciso segundo refiere lo siguiente:

“las entidades públicas deberán promover la misma acción 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.” (Decreto 01,1984, Art. 86)

Desde la aplicación a este inciso, se comienza a dejar de lado la irresponsabilidad de los agentes del Estado que actuaban negligentemente, sin importar los daños antijurídicos que pudieran llegar a ocasionar a los administrados. El inciso en mención, requería que la conducta del funcionario público estuviera revestida con dolo o culpa grave, condiciones subjetivas de frecuente ocurrencia en el actuar de los agentes estatales.

Además de lo anterior en los artículos 77 y 78 del mismo código, en cuanto a la conducta de los servidores públicos, señaló que a pesar de que la entidad se ve obligada a asumir el pago total de

la indemnización al afectado, esta situación no exonera al funcionario del pago proporcional o total de la condena, el cual se ajustará al grado de responsabilidad establecido en el fallo condenatorio en contra del estado.

Con el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la acción de repetición se define en el artículo 142 del CPACA,⁹ y se continúa en la misma línea de recuperación de los dineros pagados a terceros por la conducta dolosa o gravemente culposa del agente o ex agente del Estado, con la novedad que ya no existe responsabilidad conexa y el Estado es el único titular de la referida Acción, (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 2011, Art. 142), a diferencia del artículo 78 del Código Contencioso Administrativo, en el que el perjudicado podía demandar de manera conjunta al agente del Estado y al Estado.

Igualmente, la reforma Constitucional de 1991 dio lugar a cambios estructurales en varios aspectos de la carta superior, estableciendo un catálogo de derechos y acciones novedosas como la acción tutela, llamada en el campo internacional como acción de amparo y configuró de manera contundente la acción de repetición. La nueva Constitución, señaló en su artículo 90 la responsabilidad general del Estado frente a daños antijurídicos que pudiera llegar generar alguno de sus funcionarios, ya fuera en la persona o los bienes de otra. Además, en el inciso segundo se aborda el tema que ocupa nuestro interés, la obligación del Estado de repetir contra los funcionarios que hayan dado lugar a un detrimento patrimonial como consecuencia del actuar doloso o gravemente culposo del funcionario público. (Const. 1991, Art. 90)¹⁰.

Con la Ley 80 de 1993, se regula la actividad de los funcionarios del Estado, no solo desde los que conforman las plantas de personal de la administración, sino se extendió a aquellos particulares que se encuentren investidos de función pública, que de conformidad con lo señalado en la Ley Disciplinaria o Código Único Disciplinario “se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales; **que ejerzan funciones públicas**, en lo que tienen que ver con estas”. (Ley 734, 2002, Art.53)

⁹ Artículo 142. Repetición. Cuando el Estado haya debido hacer un reconocimiento indemnizatorio con ocasión de una condena, conciliación u otra forma de terminación de conflictos que sean consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, **la entidad respectiva deberá repetir contra estos por lo pagado**”. La pretensión de repetición también podrá intentarse mediante el llamamiento en garantía del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública.

Cuando se ejerza la pretensión autónoma de repetición, el certificado del pagador, tesorero o servidor público que cumpla tales funciones en el cual conste que la entidad realizó el pago será prueba suficiente para iniciar el proceso con pretensión de repetición contra el funcionario responsable del daño. (negrilla fuera del texto original) (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 2011, Art. 142)

¹⁰ **Artículo 90.** El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

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

De igual forma la Ley 270 de 1996, ley estatutaria de la administración de justicia adicionó el tema de la repetición en su artículo 65, en cuanto a la responsabilidad del estado, de sus funcionarios y empleados judiciales, refiriendo que “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.”

El desarrollo normativo no se ha dado como reproducción de lo dispuesto en el Decreto 01 de 1984, sino que cada disposición legal va complementando el significado de la responsabilidad del Estado y además proporciona importantes elementos para la identificación y procedencia de la acción de repetición. Esta última, entra en la materia los funcionarios de la administración de justicia.

La Ley 200 de 1996, antiguo Código Disciplinario Único derogado por la Ley 734 de 2002, contempló la sanción para los agentes del Estado que no cumplieran con las funciones asignadas por la ley y la Constitución, tal como lo establece el artículo 123 inciso 2, el cual refiere:

Artículo 123: “los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; **ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento**”. (negrilla fuera del texto).

Además, la Ley 734 en su artículo 48 numeral 36 señala particularmente la falta en la cual incurriría el funcionario estatal, con la cual daría lugar a sanción disciplinaria y que involucra el tema de la acción de repetición, a saber:

“Ley 734 de 2002, artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:

Numeral 36. No instaurarse en forma oportuna por parte del representante legal de la entidad, en el evento de proceder, la acción de repetición contra el funcionario, ex funcionario o particular en ejercicio de funciones públicas cuya conducta haya generado conciliación o condena de responsabilidad contra el estado.”

Esta disposición reafirma la importancia de adelantar la acción de repetición y la gravedad de la abstención de iniciarla, cuando existe mérito para adelantarla. Asimismo, el papel que desempeñan los comités de conciliación o representantes legales de las entidades es fundamental en la posibilidad de dar viabilidad a la acción y en consecuencia de generar la obligación de iniciarla, con lo cual se determina el incumplimiento real del representante legal de la entidad.

Con la expedición de la Ley 446 de 1998, se tocaron algunos elementos de la acción de repetición, entre los que se encuentran el tema de la competencia, esencialmente la competencia de los jueces y tribunales administrativos en cuanto a la cuantía, la cual estará determinada por 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Así, los asuntos que superen este valor, serán de competencia de los Tribunales Administrativos, de lo contrario le corresponderá conocer a los Jueces Administrativos del Circuito Judicial correspondiente.

Asimismo, lo consideró la Ley 1437 de 2011 en el artículo 155, en la cual se refirió a que la competencia de los jueces se enmarca en “casos en los que la cuantía no supere los quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, lo cual es razonable en la medida que adelantarán los casos de conformidad con la relevancia que cada uno revista, desde el punto de vista económico.”

En tal sentido, claramente se tiene prevista la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y la cuantía de la cual sería competente respecto a las acciones de repetición, de acuerdo al monto de afectación derivado del detrimento patrimonial.

Tipología de las conductas aplicables. Dentro del contexto colombiano, la conducta constitutiva de responsabilidad ha implicado la necesaria presencia de conductas contrarias a las definidas por el legislador, por considerarse que afectan bienes jurídicos previamente determinados y bajo un contexto específico de actuación. Así pues, hasta el momento se ha logrado hacer un barrido amplio en el sentido de identificar que sin duda el Código Civil colombiano, ha permitido dilucidar las consecuencias jurídicas de las personas que, producto de sus conductas dolosas o culposas han dado lugar a sanciones jurídicas particulares, entendiendo también la variabilidad de las conductas susceptibles de materialización por parte de aquel que puede o no ostentar la calidad de servidor público.

De esta manera, es importante analizar por parte del operador jurídico o el aplicador del derecho, el contexto en que se desarrollan las conductas y las posibles consecuencias jurídicas derivadas de dicho comportamiento. Pues, así como el derecho se ha detenido a analizar los comportamientos del ser humano, no debe desconocerse la calidad del sujeto que despliega la conducta, como las implicaciones en el orden personal o social, de conformidad con la calidad que se ostenta por el sujeto, es decir, si hace referencia a un particular o se actúa en calidad de servidor público.

La jurisdicción de lo contencioso administrativo se ha ocupado de este asunto considerando que en el Código Civil la culpa requiere de una comprobación objetiva, según la situación del agente en un sistema de relaciones jurídicas, mientras el juicio de culpabilidad en materia penal implica un análisis subjetivo a la conducta particular respecto a la realización de la infracción.

Es precisamente el centro de atención en relación a la conducta asumida por el agente, donde debe centrarse la atención en relación al deber de restitución de los dineros públicos perdidos. Lo anterior, en razón a que el despliegue de una conducta dolosa o gravemente culposa, reviste de claras diferencias y más aun tratándose de asuntos diferentes como lo es el campo de acción de los funcionarios públicos y las relaciones privadas desarrolladas por el particular.

La culpa grave, equivalente al dolo civil, tiene que ver con el desconocimiento inexcusable de un patrón socialmente aceptado de comportamiento sindicado a quien se le reprocha haber obrado de un modo contrario a la norma penal, estando en condiciones de haber obrado distinto.

Ello implica que, en el juicio penal, el análisis de la culpa, en tanto elemento eminentemente subjetivo del delito, subordine el juicio de reproche a las circunstancias particulares de quien realiza la conducta.

Así, mientras que en el Derecho Civil basta con acreditar que la actuación impugnada no satisface las exigencias objetivas del comportamiento, en el Penal se han de ponderar circunstancias meramente subjetivas, como las pasiones (miedo o ira), el grado de educación, los antecedentes personales, entre otros.

De tal manera que, en el primero, el reproche se deriva de un análisis comparativo, mientras que en el juicio penal se trata de circunstancias particulares.

Dentro de las investigaciones en materia penal es necesario adelantar el análisis de la conducta, para determinar el grado de participación y la intención derivada de la misma, pues, el

dolo y la culpa tienen efectos diferentes dentro de una eventual condena. Asimismo, los jueces de lo contencioso administrativo deben considerar la conducta en materia de repetición para poder determinar la decisión definitiva y proteger de manera efectiva y objetiva el patrimonio del Estado.

Pero desde el punto de vista de la graduación, tema central de la investigación, el diario ámbito jurídico, ha sido escenario de cuestionamientos y enriquecimientos jurídicos donde se ha referido en cuanto a tema, manifestando que:

“(…) la calificación de la culpa civil del actor como dolosa o gravemente culposa se realiza desde la perspectiva del artículo 63 del Código Civil.

Es decir, no se deriva de las características subjetivas del agente, sino de una posición relacional objetiva, esto es, a la luz de la confrontación de la conducta del actor con un estándar objetivo de corrección que utiliza el modelo de conducta del buen *pater familias*, para cuya conformación debe tenerse presente las reglas propias de las funciones, profesiones u oficios desarrollados (C.P. Stella Conto) (Consejo de Estado, 25000232600020110053901 (47400), 2017)”

Es precisamente el propósito de la investigación determinar el tipo de conducta que es susceptible de sanción o por lo menos motivadora para exigir la restitución de los dineros al Estado, sumado a la consecuencia que debe considerarse sobre el funcionario, en presencia de una conducta dolosa o ya sea gravemente culposa.

Al respecto, Henao (1996), comparte la postura de generar un resultado que derive consecuentemente con la conducta desplegada, en donde sin lugar a dudas debe diferenciar la conducta dolosa de la culposa, adicionalmente de las implicaciones en el contexto penal, fiscal, civil y administrativo.

De la misma manera, Moncada (2017, P.31) ha considerado que dentro de algunas de las situaciones que han llevado a la dificultad de hacer efectiva la acción de repetición en Colombia, ha sido determinada por el análisis de la conducta¹¹, por lo cual, la situación actual de la acción de repetición deviene de una serie de circunstancias de orden normativo y práctico que impiden realmente llevar a cabo los fines de la acción.

Pero particularmente, en relación al tema objeto de análisis, Villate (2014) se manifestó puntualmente al tema del tratamiento diferencial existente en materia de acciones de repetición, cuando es aplicable en materia civil y administrativa, considerando que “en algunos casos la configuración de una conducta gravemente culposa en materia civil, pueda asimilarse al dolo,

¹¹ Desde otra perspectiva una de las causas que limita la eficacia de la acción es la estricta jurisprudencia por parte del Consejo de Estado, que bajo los principios del debido proceso y la legalidad otorga demasiada importancia a los elementos probatorios, toda vez que el juicio de responsabilidad del funcionario frente al Estado en ejercicio de la acción de repetición, es culpabilista, para concluir si el funcionario obró con dolo o culpa grave, factor que dificulta materializar una sentencia condenatoria, pues además de descartar la responsabilidad por culpa leve o levísima impone una serie de restricciones probatorias. En dicho caso al analizar la *ratio decidendi* y *obiter dictum* de la jurisprudencia del Consejo de Estado se encuentra que las pruebas son controvertidas por considerarlas no idóneas en la sustentación de la demanda, restando importancia a la esencia de la falla del servicio que ocasionó la indemnización, y que por obvias razones recae sobre la acción de los funcionarios encargados”.

debe tenerse en cuenta que una y otra son comportamientos distintos que ameritan tratamiento diferente cuando al momento de imponer una condena se refiere.” (p.163).

De esta manera, se comparte la posición de un verdadero tratamiento diferencial en materia contencioso administrativa, pues si bien, en caso de vacíos jurídicos dentro de la jurisdicción, se puede acudir al derecho civil para subsanar lo no reglado en lo administrativo, a juicio personal es necesario adelantar un proceso legislativo para diferenciar realmente las actuaciones que, de parte de los servidores públicos pueden llegar a ser constitutivos de dolo o de culpa. Pues, si bien, las circulares y comunicados del ministerio de justicia, han considerado que los análisis de las conductas de los agentes deben hacerse de manera más amplia a las presunciones establecidas en la ley, pues son variadas las conductas que pueden derivar de un servidor público y que podrían configurar un dolo o una culpa grave y motivar una acción de repetición.

“(…) los comités de conciliación deben tener en cuenta que las presunciones enumeradas por la Ley 678 no son suficientes para encuadrar en ellas todas las posibles conductas dolosas o gravemente culposas que los funcionarios estatales pueden desplegar, por lo que deberán hacer uso de las definiciones de dolo o culpa, grave dadas por la Ley 678, por el Código Civil y por el Código Penal, y tener en cuenta otros elementos de prueba que puedan aplicarse de manera específica al caso como los manuales y reglamentos propios de cada entidad y/o función.” (circular no. 3 sobre acción de repetición, de la dirección de defensa judicial de la nación. Ofi07-964i-djn-0800)

Esta exhortación a las entidades públicas, constituye un interés de parte de la cartera de justicia, para efecto de promover acciones repetición, pero atendiendo a que los análisis de las conductas, no pueden hacerse de manera apresurada y con el fin de evitar eventuales investigaciones disciplinarias a los funcionarios de las entidades; pues, de ser así, se desdibuja el deber ser de los comités de conciliación y de los representantes legales en la búsqueda de la salvaguarda del patrimonio público.

Además, los servidores públicos (sin que sea la generalidad) asumen conductas irresponsables que pueden perfectamente encajar en comportamientos dolosos y gravemente culposos, pero en virtud de la “inoperancia administrativa” dan lugar a que, por acta de los comités de conciliación, se les considere exentos de conductas contrarias a sus funciones y así, evitar la instauración de la acción de repetición en su contra.

“(…) Para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo, el juez no se debe limitar a las definiciones contenidas en el Código Civil, **sino que debe tener en cuenta las características particulares del caso que deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6 y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación definiciones contempladas en los reglamentos o manuales específicos.** Es igualmente necesario tener en cuenta otros conceptos como son los de buena y mala fe que están contenidos en la Constitución Política y en la ley, a propósito de algunas instituciones como, por ejemplo, contratos, bienes y familia”. (negrilla fuera del texto original) (Consejo de Estado, Sección tercera, Exp. 10.865, 1999)

Es precisamente este concepto del consejo de Estado, que establece indicaciones claras frente a la labor que deben adelantar los jueces de la república, que además son equiparables a las funciones en cabeza de los comités de conciliación o representantes legales de las entidades

públicas afectadas por condenas. Lo anterior, en atención a que las conductas de los servidores públicos son mucho más amplias a las determinadas por el legislador, siendo precisamente deber del Estado (administración y jurisdicción) identificar y demostrar las conductas contrarias de sus funcionarios y que afectan o afectaron el patrimonio público.

Desafortunadamente, la justicia en Colombia se ha acostumbrado a que debe establecerse de manera clara y concreta las causales o situaciones configurativas de conductas que podrían viabilizar acciones legales en contra de particulares o servidores públicos, cuando claramente se tiene conocimiento de las deliberadas actuaciones que han afectado la moralidad administrativa, materializada en la desconfianza en las instituciones públicas.

Es por eso que Villate (2014), dentro de sus investigaciones consideró que “(...) existe un vacío jurídico en la norma (...), más aún cuando en nuestro país son reiteradas las condenas en contra de las entidades públicas y donde se puede observar una preocupante pasividad por parte de las mismas” (P.163)

Todo lo referido anteriormente, lleva entender como en las acciones de repetición, por lo menos en lo que respecta al análisis de las conductas dolosas y gravemente culposas, se ha convertido en una revisión literal de las presunciones establecidas en la Ley 678 de 2001, sin mayor análisis de fondo, con lo cual se ha impedido el logro de la recuperación de los recursos públicos perdidos producto de condenas al Estado.

Además, no es posible dejar de lado la responsabilidad institucional desde el punto de vista de las consecuencias derivadas de la inoperancia o actuación defectuosa de las entidades públicas, pues, es determinante la actividad o inactividad de la administración respecto al logro efectivo de los derechos de los miembros de la sociedad. Desde el punto de vista constitucional, los principios y valores determinados por el constituyente de 1991, permite que cada uno de los ciudadanos depositen la confianza en el Estado, por medio de sus mandatarios locales, regionales y nacionales, a través de quienes se propenda por la conservación y adecuada inversión de los recursos públicos tendientes a la satisfacción de las necesidades y que, sin duda, redundan en la viabilidad o potencialización de los proyectos de vida de los colombianos. Es así que, la doctrina ha vinculado el concepto de democracia integral, como la posibilidad de articular las facultades y derechos de cada uno de los ciudadanos frente al Estado, con la posibilidad de garantizar los planes de vida de los mismos, por lo que Caldera (2018), ha manifestado que:

“(...)en sintonía con el concepto de democracia integral, se afirma que el goce de la democracia, como derecho, resulta funcional al logro de la dignidad humana que determina la oportunidad para que la persona, satisfaciendo sus derechos humanos fundamentales, de manera interrelacionada, pueda contar con oportunidades de elegir de forma autónoma un plan de vida valioso y sin daños, con condiciones materiales e inmateriales que le permitan una inclusión efectiva en la sociedad, enfatizando su participación efectiva en la formación, ejercicio y control del poder político en función de su vida buena(felicidad individual) y del bien común (felicidad social)”. (P. 595)

Son relevantes las consideraciones de Caldera, en atención a que dentro de las decisiones de las entidades y los comités de conciliación debe pensarse en los efectos económicos a la administración en términos de la afectación patrimonial, la consecuente imposibilidad de contar con recursos económicos para la materialización de los planes de gobierno y finalmente en la

afectación a los proyectos de vida de los ciudadanos, quienes tienen en las autoridades, la confianza para el adecuado y efectivo goce de sus derechos.

Por lo anterior, la importancia de las decisiones relacionadas con la gestión para la recuperación de recursos, vía acción de repetición, es determinante tanto respecto a los dineros perdidos como del análisis de la conducta de los servidores públicos, pues, en cierta forma, evidencia la posible carencia en valores y principios propios de una sociedad que propende por el desarrollo mancomunado de cada uno de los miembros como de la colectividad en sí misma.

Sección II. Consideraciones jurisprudenciales

Jurisprudencia relevante aplicable a la responsabilidad de los servidores públicos. La jurisprudencia de la Corte Constitucional como del consejo de Estado, se ha pronunciado respecto al comportamiento de los servidores públicos, entendiendo que dentro del ejercicio de la función pública se enmarca la labor tendiente al cumplimiento de los fines del Estado, contenidos en el artículo 2 constitucional. Además, la inclusión del principio de responsabilidad de los particulares y servidores públicos dentro de los Principios Constitucionales, responde al interés del constituyente de revestir de importancia y relevancia, el comportamiento de quienes cumplen la labor de asumir el rostro de la administración pública, frente a la misma administración como de los particulares. De manera que, cuando se refiere a la actuación del Estado, debe entenderse la labor de la institucionalidad a través de las personas que constituyen un todo institucional y no un actuar particular e independiente de la labor del Estado.

Es así que, la Corte Constitucional se manifestó sobre el tema, considerando que el Principio de responsabilidad, se consolida a través de diferentes elementos que reorientan las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, estos pueden ser, el entendimiento y el cumplimiento de las funciones públicas por parte de los agentes del Estado, así como, el establecimiento de corresponsabilidad entre el Estado y los ciudadanos en el manejo de los asuntos públicos que de alguna manera supere el concepto tradicional de lo Estatal y lo privado, son entre otras, manifestaciones de un mayor énfasis de los sistemas jurídicos en el referido principio que tiene como fin garantizar el cumplimiento eficiente de las tareas públicas. (Corte Constitucional, C-644, 2011).

Precisa entonces que, desde la óptica de la responsabilidad el agente del Estado no puede desligar su compromiso con la administración en relación al cumplimiento de las funciones públicas, pues, es necesario que, en algunos casos pueda comprometer su propio patrimonio en caso de desviar su actuar diligente hacia hechos o circunstancias contrarias al ordenamiento jurídico. Razón por la cual se habla de una corresponsabilidad institucional y del servidor público, pues es la actividad privada de los particulares o sus intereses los que no pueden comprometer la moralidad de ninguna manera, el actuar y la credibilidad de la administración.

En caso de identificarse un actuar desviado del servidor público, en el cual se pueda evidenciar o en su defecto demostrar una conducta dolosa o gravemente culposa, deberá, de conformidad con la cláusula de responsabilidad contenida en la Carta Constitucional de 1991, iniciarse la acción de repetición, como mecanismo para la recuperación del dinero público, pero también como alerta y generación de una conciencia individual y colectiva del “deber ser” del servidor y la función pública.

El artículo 90 de la Carta contiene la obligación para el Estado de repetir contra el agente suyo por cuya actuación dolosa o gravemente culposa aquel haya sido condenado. Esta disposición constitucional se enmarca dentro del objetivo específico del constituyente de obligar al servidor público a tomar conciencia de la importancia de su misión y de su deber de actuar de manera diligente en el cumplimiento de sus tareas. (Corte Constitucional, C-644, 2011)

No solamente se trata de una acción civil meramente indemnizatoria, sino además ejemplarizante en relación con la calidad que ostenta de “servidor público”, pues debe considerarse como el Estado mismo, promotor de la función pública y garante del interés general. Eso implica que además de persona natural que es, representa al Estado y su comportamiento se enmarca en el cumplimiento de la Constitución y la ley.

De otra parte, la responsabilidad en el cumplimiento de los fines del Estado no corresponde solamente al Estado a través de los servidores públicos, toda vez que, en el Estado Social de Derecho, los particulares son parte activa en diferentes áreas como la salud (Const., 1991, Art. 49), la seguridad social (Const., 1991, Art. 48), la educación (Const., 1991, Art. 67), la ciencia y la tecnología (Const., 1991, Art. 71), la protección especial de las personas de la tercera edad (Const., 1991, Art. 46), los niños (Const., 1991, Art. 44) y los discapacitados (Const., 1991, Art. 47), quiere decir esto, que se debe trabajar de manera armónica entre Estado y particulares para lograr los fines del planteados en el artículo 2 Constitucional.

De igual forma, al referirse a los servidores públicos no debe simplemente limitarse a los funcionarios directamente vinculados a las entidades públicas, sino además de tenerse presente que el mismo texto constitucional ha ampliado el ámbito de la responsabilidad a los particulares que cumplen o han cumplido funciones públicas. Asimismo, los señaló la Corte en sentencia C-644 de 2011, refiriendo que “dentro del marco de corresponsabilidad y de cooperación, entre el Estado y los particulares, la Constitución establece además la posibilidad de que éstos participen en el ejercicio de funciones públicas”.

La Corte Constitucional en sentencia C-372 de 2002, consideró que, respecto a la configuración legislativa de la responsabilidad del servidor público, en sentencia C-233 de 2002, manifestó, que: “en el sistema jurídico colombiano la responsabilidad del servidor público tiene diferentes manifestaciones que se derivan de la necesidad de proteger de manera específica diferentes bienes jurídicos”.

Asimismo, la referida sentencia C-233 de 2002, dispuso que el derecho disciplinario y el derecho penal solo son una parte del universo del derecho sancionador, como siempre se hace referencia, toda vez que según la jurisprudencia, el derecho sancionador es una disciplina compleja que abarca otros regímenes sancionatorios con características específicas, pero que finalmente se someten a unos principios de con arreglo a proteger las garantías constitucionales unidas al debido proceso.

Con lo anterior, puede afirmarse que si bien el legislador con relación a la acción de repetición no la considero un mecanismo para sancionar al servidor, ex servidor público o particular con funciones públicas, pues su propósito atiende a la recuperación del patrimonio público, la corte ha considerado que en cada uno de los regímenes de responsabilidad se cuentan con características específicas de aplicación, que conllevan a una identidad y un tratamiento, si bien, no más gravoso

o más benévolo, si coherente con la calidad del sujeto judicializado y la diversidad de modalidades en las cuales se puede ver envuelto el agente estatal.

Es por ello que, en virtud de los principios referidos, la actividad judicial deberá atender a los mismos al momento de analizar el carácter subjetivo de la conducta, en la cual identifique la intención del agente estatal y armonice las competencias y funciones del mismo, con relación a las posibles actuaciones constitutivas de dolo o culpa grave, pues es allí precisamente donde se puede claramente determinar si existe certeza en el mérito para fallar condenando al funcionario y asimismo el monto de la condena, consecuente con el principio de culpabilidad y proporcionalidad.

El legislador, dentro del deber de regular la responsabilidad personal del agente del Estado, de conformidad con el inciso segundo del artículo 90 constitucional, dispuesto por medio de la Ley 678 de 2001 que, el juez deberá basarse en el *“examen de la conducta dolosa o gravemente culposa de los mismos, con el fin de establecer su responsabilidad en el acaecimiento del daño antijurídico que el Estado fue obligado a reparar”*. (Corte Constitucional, C-233, 2002).

Lleva entonces al aplicador del derecho, a realizar un análisis de la conducta dolosa o gravemente culposa, valiéndose de lo reglado en el artículo 5 y 6 de la Ley 678, en los cuales presenta una serie de conductas presuntivas, consideradas hipótesis de responsabilidad, que podrán ser desvirtuadas en sede judicial y no ser consideradas fundamento jurídico previo para lograr la condena en contra del funcionario, donde, además:

“es pertinente recordar que el artículo 14 de la Ley 678 de 2001 señala que la autoridad judicial cuantificará el monto de la condena correspondiente atendiendo al grado de participación del agente en la producción del daño, culpa grave o dolo, a sus condiciones personales, a la valoración que haga con base en las pruebas aportadas al proceso. (...) pues es la culpa grave o dolo lo que se examina para determinar si se le debe condenar o no a resarcir a la administración por el pago que ella haya hecho”. (Corte Constitucional, C-233, 2002).

Quiere decir lo anterior que, en buena medida en relación con la responsabilidad del delegante para fines de acción de repetición o llamamiento en garantía, estos elementos orientarán el ejercicio de control de constitucionalidad.

La actuación de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, deberá cumplir con una serie de condiciones y requisitos los cuales determinaran la procedencia de la acción. Debe establecerse que existió realmente un daño a la entidad estatal, el cual pudo haberse presentado de diferentes maneras, es decir, por sentencia condenatoria en contra de la entidad, conciliación judicial o extrajudicial o cualquier otra forma de terminación de conflictos, por medio del cual se haya dado reconocimiento indemnizatorio a un particular. Pues en este sentido, la Corte Constitucional ha sido muy clara, mencionando que no solo se requiere la existencia de una condena en contra de Estado, para que haya mérito para iniciar la acción de repetición. (Corte Constitucional, C-338, 2006)¹², en esta Sentencia el referido Órgano, declaró exequibles las

¹² Como lo que se pretende a través del ejercicio de la acción de repetición es la recuperación, por parte del Estado, del monto de la indemnización que ha tenido que reconocer y pagar en razón del daño antijurídico derivado del comportamiento doloso o gravemente culposo de alguno de sus agentes, ningún sentido tendría el circunscribir la posibilidad de repetir contra tal agente a los eventos de existencia de una condena, cuando en el ordenamiento jurídico existen otros mecanismos a través de los cuales se puede establecer, en

expresiones “conciliación u otra forma de terminación de un conflicto”, “conciliación o cualquier otra forma de solución de un conflicto permitida por la ley” y “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”, contenidas en los artículos 2 y 8 de la Ley 678 de 2001 y 31, inciso 2, parcial, de la Ley 446 de 1998.

Así, la Corte no excluye cualquier otra forma en que puede demostrarse el deterioro al patrimonio del Estado, pues no solo a través de sentencias condenatorias se ocasionan daños a la administración, sino que la misma ley permite otros medios que demostrarían tales daños, como es el caso de la conciliación o la transacción, y que además evitan la congestión de los despachos judiciales en casos donde se evidencia el mal funcionamiento de la administración y donde incide directamente el actuar de sus funcionarios.

Lo anterior se ve respaldado en el artículo 59 de la Ley 23 de 1991 (modificado por el art. 70 de la Ley 446 de 1998), permitiendo que las entidades públicas definan sus conflictos a través del mecanismo alternativo de la conciliación, cuando se trate de conflictos de carácter particular y económico de que conozcan o pueda conocer la jurisdicción de los Contencioso Administrativo en cuanto a las acciones de que tratan los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A., al igual que los procesos ejecutivos de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, siempre que en ellos se hayan propuesto excepciones de mérito.

Por consiguiente, no se podría limitar la procedencia de la acción a solo la existencia de condenas judiciales, pues el artículo 116 constitucional ha dispuesto mecanismos alternativos de solución de conflictos, propendiendo por la eficiente administración de justicia, donde se logre la consecución y materialización del principio de participación ciudadana, a través de la intervención de particulares investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia, los cuales ofrecen una mayor facilidad de arreglo directo entre las partes en conflicto.

Para aspectos prácticos, la entidad condenada para demostrar el daño, deberá anexar en la demanda de acción de repetición, copia de la sentencia condenatoria en contra de la entidad estatal o copia autenticada del acta por medio de la cual se aprobó el acuerdo entre la entidad y el perjudicado, o copia del acta cuando el acuerdo se logre producto de una conciliación extrajudicial, la cual deberá tener el aval del juez o tribunal administrativo competente. En caso de no presentarse tal anexo, daría como consecuencia la inadmisión de la demanda, además de carecer de legitimación en la causa por activa, pues no habría fundamento jurídico que respaldara la pretensión principal de la acción de repetición, que radicaría en el reembolso del dinero por el cual fue condenada la entidad, debido a que, como se mencionaba no habría desmedro patrimonial o afectación al erario público.

El Consejo de Estado lo ha expresado en los siguientes términos:

“sobre el pago de la condena, finalmente, la entidad demandante deberá acreditar el pago total de la misma -a favor de la víctima del daño antijurídico que le ha sido imputado-, pues sólo

forma igualmente fehaciente y sin menoscabo alguno de las garantías fundamentales, la cabal existencia del daño antijurídico, e inclusive la concurrencia de un comportamiento doloso o gravemente culposo del agente generador del mismo.” (Corte Constitucional, C-338, 2006).

de esta forma el Estado sufre el detrimento patrimonial que fundamenta las pretensiones restitutorias en contra del agente”. (Consejo de Estado, Exp. 15.745,2005.)

En consecuencia, a pesar de no haberse realizado el pago efectivo de la condena, la entidad condenada puede iniciar la acción de repetición, dentro de los dos años, contados a partir de la fecha en que se declaró la responsabilidad estatal, pues la materialización de la condena, acuerdo conciliatorio o transacción, de por sí, implica una obligación de parte del Estado de cancelar la indemnización a los afectados, quienes, a pesar de que la entidad haya sido renuente al pago, podrán hacer efectiva la condena a través de la sentencia, acta de conciliación o transacción, los cuales constituyen título ejecutivo y pueden ser exigibles ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Adicionalmente, tal como lo prescribe la norma y la jurisprudencia, debe tenerse en cuenta las presunciones señaladas en la Ley 678 de 2001, sobre dolo y culpa grave, analizar y determinar por medio de su representante legal o comité de conciliación, si se configura la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario, ex funcionario o particular que ejerció funciones públicas. Para cumplir con esta tarea, el comité tiene la obligación de hacer un juicio previo a la presentación de la acción verificando el tipo de conducta desplegado por el funcionario.

La jurisprudencia, así como otros organismos estatales como el caso del ministerio del interior, han señalado que, a pesar de que la ley estableció una serie de presunciones legales en cuanto a dolo y culpa grave, estas no son todas las posibilidades en las cuales se pueda presentar este tipo de conducta por parte del agente estatal. Por consiguiente, en caso de no ser posible encajar la conducta del agente dentro de las presunciones de dolo y culpa grave señaladas en la Ley de acción de repetición, el representante de la entidad o su comité de conciliación, deberá hacer un estudio y análisis jurídico extensivo, acudiendo a los conceptos de dolo y culpa manejados por la jurisdicción civil.

Cuando el Estado es condenado a la reparación patrimonial por los daños antijurídicos causados por las autoridades públicas, como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa, **aquél deberá repetir contra dichas autoridades**. Eso significa que la acción de repetición, **constituye una obligación de las entidades públicas y no una posibilidad facultativa** de las mismas, como en ocasiones se ha interpretado.” (Consejo de Estado, Rad. 10979, 2000 citado en Corte Constitucional, C-285, 2002)

El artículo 4º de Ley 678 de 2001 señala la obligatoriedad de instaurar la acción de repetición so pena de sanción disciplinaria consistente en destitución, es decir, en la medida en se configuren los demás presupuestos de la acción, no hay razón alguna que le asista al representante legal o al comité de conciliación para que no se tramite a la misma, pues de lo contrario, deberán asumir las consecuencias de carácter disciplinario a las que haya lugar, dentro de las que se considera la destitución.

Consideraciones de las conductas en las decisiones de la Corte Constitucional y Consejo de Estado.

Dentro de la jurisprudencia emitida por la honorable Corte Constitucional se encuentra la sentencia C-374 de 2002, donde se analizó las razones que motivaron la creación de la Ley 678 de 2001. Estos propósitos quedaron consignados en la exposición de motivos al proyecto de ley que

luego se convirtió en la Ley 678 de 2001, donde se justificó el régimen de presunciones contemplado en las normas impugnadas al reconocer que si bien no es fácil el debate probatorio, solo será suficiente "demostrar una de las causales que se señalan para presumir que el funcionario actuó con dolo o culpa y, por consiguiente, a la parte demandada le corresponde demostrar que el supuesto de hecho que se alega no se configuró". (Gaceta no. 14, 2000, P. 16).

Asimismo, la Corte Constitucional en sentencia T-284 de 2006 se pronunció refiriendo que:

"(...) el legislador está obligado a describir la conducta o comportamiento que se considera ilegal o ilícito, en la forma más clara y precisa posible, de modo que no quede duda alguna sobre el acto, el hecho, la omisión o la prohibición que da lugar a sanción de carácter penal o disciplinario. **Igualmente, debe predeterminar la sanción indicando todos aquellos aspectos relativos a ella, esto es, la clase, el término, la cuantía, o el mínimo y el máximo dentro del cual ella puede fijarse, la autoridad competente para imponerla y el procedimiento que ha de seguirse para su imposición**" (Corte Constitucional, C-921, 2001; Sentencia c-406, 2004. Resaltado fuera del texto original).

Es precisamente lo que se desarrolla en la investigación, en donde el legislador debió claramente señalar la cuantía derivada de la conducta, en un mínimo y un máximo, así como el procedimiento particular para su imposición de la condena, lo que evidentemente desconoció y ahora presenta dificultades para los funcionarios, cuando los casos logran llegar a instancia de fallo.

A través de la misma sentencia, la Corte reitera en sus consideraciones el deber de garantizar el debido proceso, dentro de las diferentes situaciones derivadas del derecho sancionador, que, si bien no constituye una sanción la condena de repetición, si es importante tener presente las características particulares a las que debe atenderse¹³. (Corte Constitucional, T-284, 2006.)

El desarrollo realizado hasta el momento, permite establecer las diferentes situaciones y conductas en las cuales se pueden verse envuelto el servidor público, da lugar a que el juez o funcionario deba analizar concretamente el comportamiento del servidor público y determine el actuar doloso o gravemente culposo, así como las consecuencias de dicha conducta. Pues es preciso evitar atentar contra los derechos del servidor público, pero tampoco desconocer los derechos y deberes en cabeza del Estado, más cuando se trata de preservar el patrimonio público.

En el contexto del sistema interamericano de derechos humanos también se ha desarrollado la figura del principio *pro homine* o principio pro persona, principio de interpretación a través de cual se permite analizar las distintas normas y posibilidades de para lo cual Montoya (2017) cita la relevancia de la sentencia de la corte en mención, enfocando su atención a que:

¹³ El universo del derecho sancionador no se limita al derecho disciplinario y al derecho penal a los que generalmente se hace referencia. Más bien, como lo ha señalado la jurisprudencia, este derecho comprende un sistema complejo de situaciones que recubre diferentes ámbitos con características específicas, pero siempre sometido a unos principios de configuración claros, destinados a proteger las garantías constitucionales ligadas al debido proceso. (Corte Constitucional, T-284, 2006.)

“(…) se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria (Corte Constitucional, T-284, 2006)” (P.17)

La misma convención americana de derechos humanos dentro de su artículo 29, en lo que respecta a normas de interpretación ha dispuesto que: “(…) la aplicación del principio pro homine en la hermenéutica jurídica implica que en los eventos en los que una norma acepte más de una interpretación, se debe preferir aquélla que brinde mayor garantía a los derechos de las personas” en donde, debe atenderse al contexto mismo de la aplicación de la norma, así como de los sujetos objeto de la acción de repetición, a fin de evitar contradicciones respecto a los fines de la norma y de las funciones públicas que deben cumplirse por la administración a través de sus funcionarios.

Sin abandonar los análisis de la Corte, se mantiene una postura que se ha desarrollado en el seno del sistema interamericano de derechos humanos, con lo cual permite tener una herramienta de la cual el operador jurídico en Colombia pueda hacer uso del mismo e intentar resolver los problemas jurídicos a los cuales se vea abocado.

Complementado este acercamiento al principio pro homine, Medellín (2013) citando a Pinto (1997, citado en Medellín, 2013) argumenta que el principio pro homine, se entiende como “un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre”. (Montoya, 2017, P.18)

Con esto, Montoya nos reafirma como el efecto de la aplicación o restricción de un derecho o una norma jurídica debe atenderse de conformidad con los derechos humanos y los derechos de la administración, con lo cual se lograría la materialización de los contenidos deontológicos del derecho, cuando en materia de responsabilidad de los servidores públicos se refiere y la acción de repetición.

Pero no ha sido pronunciamiento único de la Corte Constitucional, pues en el marco de las decisiones del consejo de Estado, ha retomado las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad, dentro de las cuales se ubica la convención americana y sobre la cual refirió el máximo órgano de lo contencioso administrativo:

“los artículos 25 y 29 de la convención americana de derechos humanos establecen que, conforme a los principios *pro actione* y *pro homine*, el Estado colombiano debe garantizar que la autoridad prevista por el sistema legal interno no solo decida “sobre los derechos de toda persona”, sino también que interprete y aplique las normas de la convención y del ordenamiento jurídico interno de manera que no se suprima, limite o excluya el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la convención, en “otros actos internacionales de la misma naturaleza” y en la ley nacional”.]

Así, el desarrollo jurisprudencial es determinante y pertinente en el propósito de demostrar la relevancia y como constituye un factor determinante al momento de establecer la responsabilidad patrimonial del servidor público, se dará paso al siguiente aparte, que

permitirá comprender como se determina la responsabilidad patrimonial en el contexto comparado y algunas apreciaciones y consideraciones en el seno del sistema interamericano de derechos humanos.

IDENTIFICACIÓN DE LA REGLAMENTACIÓN DE ORDENAMIENTOS JURÍDICOS ANÁLOGOS COMO FRANCIA Y ESPAÑA SOBRE LOS CASOS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO Y SUS AGENTES, ASÍ COMO EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS QUE HA CONCEBIDO LA RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS EN CASOS DE RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS

Sección I. Contexto europeo de la responsabilidad patrimonial

Experiencia en Francia. Dentro del análisis comparado de algunos de los ordenamientos jurídicos, el caso francés brinda elementos importantes dentro del ejercicio investigativo, atendiendo a la existencia de varias similitudes en términos de estructura normativa relacionada a la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos, para lo cual (Romero, 2014), ha brindado elementos importantes dentro del estudio de la acción de repetición, mostrando la analogía desde la inclusión de la figura en el texto constitucional, siendo en consecuencia, el fundamento del cual se derivan las obligaciones reglamentarias de menor jerarquía.

Por lo anterior, dentro de los aportes hechos se resaltan, la consideración que:

“actualmente la república francesa cuenta con las dos jurisdicciones mencionadas (judicial y administrativa) pero además también se encuentra la llamada jurisdicción constitucional, encabezada por el consejo constitucional, creado por la Constitución de la V República Francesa el 4 de octubre de 1958 (Título VII), sobre la cual aún se cuestiona si se considera o no una jurisdicción.” Romero (citado en Duque, 2014).

Bajo esta organización, se puede tener clara la estructura judicial bajo la cual se evidencia la existencia de un órgano constitucional nacional, el cual se asemeja a la Corte Constitucional colombiana. Además de la estructura, y en coherencia con los principios constitucionales señalados del artículo 1 al 10, el ordenamiento jurídico francés, cuenta con una serie de principios aplicables a las jurisdicciones allí creadas, a saber:

“tales jurisdicciones francesas son movidas bajo ciertos principios considerados los pilares de la justicia, entendiendo a ésta, como un servicio público¹⁴. Estos principios son:

Igualdad: esta se fundamenta en la revolución de 1789, cuando se proclama la igualdad de los ciudadanos ante la ley, el que la igualdad consiste que, en un **caso igual, tratamiento igual;** también incluye el acceso a la justicia.

Mutabilidad: este principio consiste en que el servicio prestado, en este caso la justicia sea adaptado a las situaciones que se vivan conforme evoluciona la sociedad.

Continuidad: este principio consiste en que el servicio sea prestado de manera ininterrumpida, excepto en los casos previstos por la ley.

¹⁴ Entiéndase por servicio público como el conjunto de prestaciones y actividades generalmente reservadas al estado, que éste desarrolla con el fin de dar cumplimiento a sus fines y satisfacción de las necesidades de los gobernados.

Gratuidad: este principio consiste en que las partes pueden acceder a la justicia de forma gratuita, que éstas no deben pagar al juez por la resolución del conflicto ya que éste es remunerado por el Estado, entendiéndose que es él quien tiene el monopolio de la administración de justicia, incluyendo la remuneración de sus funcionarios.

Derecho a las vías de recurso: este principio hace referencia a la jerarquización de la administración de justicia, y a la posibilidad de acudir a una autoridad superior para la resolución de conflictos.” Romero (citado en Duque, 2014)

Asimismo, dentro de los principios orientadores de la justicia francesa, pueden notarse la importancia otorgada a igualdad y mutabilidad, que dentro de la práctica jurídica debe ser fundamental, más cuando de aplicación de las figuras jurídicas se refiere donde se ve involucrado el comportamiento de los funcionarios públicos. La mutabilidad es propia del derecho, en la medida en que debe cada órgano encargado de administrar justicia, analizar la calidad de los sujetos objeto de acciones judiciales y la actualización normativa de conformidad con el contexto y ámbito de aplicación (público o privado).

Dentro de lo relativo a la responsabilidad del Estado y las primeras consideraciones de la vinculación de los funcionarios dentro de dicha responsabilidad, Francia es uno de los estados que comienza a considerar las implicaciones y modalidad en que podría estimarse la responsabilidad.

Así, dentro de los avances jurídicos en la materia se tiene que:

A partir el fallo Lareulle de 28 de julio de 1951 proferido por el Consejo de Estado francés, se consideró que aún en casos de responsabilidad personal cometidas en el ejercicio de sus funciones o fuera de ellas, por regla general, el funcionario debía responder ante la administración, la cual podía repetir en forma directa, o como consecuencia del llamamiento en garantía. Para garantizar la indemnización de las víctimas en los casos de insolvencia del agente, la nueva visión consistió en considerar que la responsabilidad entre administración y sus agentes no se excluía, sino que era concurrente y en consecuencia, podía ser demandado el agente, la administración o ambos, con la posibilidad para el Estado de adelantar la AR (Rodríguez, 2005, pp. 482-483; García y Fernández citado en Soler y Jiménez, 2009).

La responsabilidad del Estado francés, refiere varias coincidencias con el Estado colombiano y su organización, atendiendo al trasplante jurídico que Colombia realizó frente a los avances ideológicos y organizacionales de Francia, luego de la revolución de 1789 y los pilares fundamentales enfocados a la libertad, igualdad y fraternidad.

Tal como lo refiere el profesor Rodríguez (2005), la responsabilidad de los funcionarios, no solo empieza a ser considerada, sino que además debe tenerse en cuenta que su calidad de servidor público o agente del Estado no puede desconocerse la responsabilidad del Estado derivada de la vigilancia y elección de los funcionarios que tiene a su cargo. Pues en caso de la afectación a los intereses de la comunidad, el servidor público sería objeto de judicialización con el fin de entrar a responder económicamente por los daños causados, pero, asimismo el Estado como institucionalidad, no puede desconocer su nexos con el funcionario y la capacidad para responder, frente al administrado que se vio afectado. Debido a que, la garantía de reparación radica en la institucionalidad del Estado en estricto sentido, pues el servidor público como persona natural, puede alegar la imposibilidad de responder económicamente respecto a la pretensión de reparación que alegue el administrado afectado.

En cuanto a la posibilidad de endilgar algún tipo de responsabilidad al funcionario, Francia ha considerado, tres tipos de responsabilidad, dentro de los que se encuentran, la responsabilidad disciplinaria, responsabilidad penal y la responsabilidad patrimonial. Esta última, relacionada con la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia consagrado en el artículo 90 y 91 constitucional. Frente a la responsabilidad patrimonial en Francia considera aquellas que “acarrear un detrimento patrimonial al estado, y es allí donde este hace uso de la acción de repetición para recuperar el gasto ocasionado en el pago de indemnizaciones, y además como medida sancionatoria contra el agente irresponsable.” (Duque, 2014)

De manera similar al contexto colombiano, por vía jurisprudencial se ha tenido la oportunidad de generar avances significativos en materia de responsabilidad, al punto de ser el tribunal de conflictos francés, el que, dentro de los análisis conductuales, definió la responsabilidad personal de la responsabilidad por falla en el servicio, por medio del fallo Pelletier del 30 de julio de 1873. (Duque, 2014)

El fallo Pelletier establece “la distinción entre falla personal (el tribunal de conflictos lo llama hecho personal) y falla del servicio.

“La falla personal es la que se desprende completamente del servicio en la que el juez judicial puede hacer una constatación sin apoyarse en la apreciación de la marcha misma de la administración. La falla del servicio, por el contrario, es el hecho del agente que está totalmente ligado al servicio que su apreciación implica necesariamente un juicio sobre el funcionamiento de la administración.” Romero (citado en Duque, 2014)

En este orden de ideas, se tiene a un Estado sobre el cual recae responsabilidad, pero de manera más objetiva, es decir, no sobre las faltas de los funcionarios, pues éstos se hacen responsables de manera directa y en el caso que no fuese así ya sea porque no fue posible demostrarlo o porque se confundieron las fallas (personal y del servicio), tanto el Estado como el agente tienen un mecanismo para reparar el detrimento patrimonial en el que incurrieron a causa de la otra parte.

Experiencia en España. Dentro de la investigación es de vital importancia hacer el estudio de la figura jurídica aplicable en el ordenamiento español, atendiendo además por la influencia que se ha recibido en varias áreas por parte de este país. España ha considerado igualmente importante determinar el grado de responsabilidad de sus agentes, así como el deber de exigir de sus funcionarios la devolución de los dineros que se han perdido a través de condenas, causadas por incidencia de aquellos. Así, el Estado español a considerado pertinente desarrollar la figura de la acción de regreso, con la cual analizan la conducta de sus funcionarios y los efectos que tendría sobre los mismos, propendiendo por mantener inermes los fines del Estado la credibilidad institucional.

Acción de regreso en el caso español. La acción de regreso, o acción de repetición como se conoce en Colombia, es una figura importante dentro de la legislación española, la cual permite salvaguardar el patrimonio del Estado que como consecuencia de la negligencia o culpa grave de sus funcionarios se ve afectado y por tanto debe pagar las condenas que le fueron imputadas a causa de su responsabilidad, todo esto contempla grandes beneficios no solo patrimoniales, sino disciplinarios debido a que permite un control efectivo a la buena conducta que deben asumir los

funcionarios en cumplimiento de su labor, lamentablemente la efectividad y eficacia de la acción no es proporcional a su importancia.(Robles y Vargas, 2014)

Dentro de las condiciones del primer caso se encuentra frente a una responsabilidad civil extracontractual del funcionario (artículo 1902 CC), que el dañado deberá exigirle interponiendo la correspondiente acción de resarcimiento ante la jurisdicción civil. Con lo cual, la figura se asemeja a lo reglado en materia de responsabilidad extracontractual en materia privada en Colombia.

En el segundo caso, la cuestión es distinta, pues el daño al tercero ha sido producido por el funcionario o autoridad en el desarrollo de tareas o funciones propias de la organización administrativa y actuando como órgano de la misma, de tal forma que no es sólo imputable a éste, sino también y fundamentalmente, a la propia persona jurídica en la que se integra (la administración pública).

Tradicionalmente, en el ordenamiento jurídico se había entendido que, en estos casos, el dañado podía optar entre exigir la indemnización de daños y perjuicios al propio funcionario ante los tribunales civiles, o reclamar directamente a la administración, en cuyo caso ésta podría posteriormente ejercitar la acción de regreso frente al funcionario.

Una opción que como se señalará, supuso que los particulares demandaran al funcionario en vía civil y conjunta y subsidiariamente a la administración, declarándose los tribunales civiles competentes en aras de la continencia de la causa.

Conforme a ello la legislación española ha identificado situaciones de similar tratamiento, tratándose de actuaciones de particulares, aplica normas de derecho privado, siempre y cuando se logre identificar que la conducta se da en el marco de funciones e intereses netamente privadas. Asimismo, cuando se vea involucrado un funcionario, por su vínculo directo con la administración, da lugar a que sea objeto de judicialización en donde, tal como se manejaba en Colombia, el particular afectado tenía la potestad de iniciar la acción únicamente respecto al funcionario o podía también adelantar la acción de manera subsidiaria contra el estado, en razón a su representatividad de la institucionalidad.

Fundamentos constitucionales de la responsabilidad en España.

Con la Constitución española de 1978, en lo relacionado con el gobierno y la administración, regulado a través del artículo 106 ha establecido que:

Los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

La acción de regreso como es conocida en España o acción de repetición, es sin duda alguna una acción legal, que prevé ciertas situaciones, donde el funcionario debe asumir con su patrimonio el daño que fue causado por éste a un particular, por su acción u omisión, obrar con dolo y culpa y el Estado haya tenido que indemnizar, por esa responsabilidad que con anterioridad le fue imputada a la administración.

Dentro de los estudios realizados por la academia se ha logrado identificar que, similar al caso colombiano, la acción de regreso goza de una intencionalidad positiva respecto a su deseo de recuperar los dineros públicos, pero, se ha evidenciado que, aunque es una acción que asegura el

reembolso del dinero que el Estado destina al pago de las indemnizaciones por parte del funcionario y permite salvaguardar los recursos: ha contado con dificultades como las siguientes:

Jurisprudencialmente pocas sentencias condenan al pago de regreso por parte del funcionario, lo que evidencia, primero que aunque la acción es contemplada desde 1999, su ejercicio es poco conocido en el procesal administrativo y por lo tanto poco utilizado por los magistrados; segundo que hay poca importancia frente a estos temas dentro del derecho español, ya que la acción es realmente una herramienta que permite salvaguardar los dineros públicos y castigar la mala conducta y obrar de aquellos que trabajan en las diferentes administraciones.

La Ley 4 de 1999 que modificó la Ley 30/1992 consagra que, aunque debe hacerse de oficio el impulso del proceso, es necesario reunir ciertos requisitos para ello como el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso. Estos requisitos no permiten un efectivo control de esta acción, ya que deben ponderarse y demostrarse, lo cual limita su efectividad, ya que el legislador no previó como.

Doctrinaria y legalmente, se prevén ciertos privilegios al funcionario público, debido a que la función que cumplen o cargos que desempeñan, está en constante riesgo con los particulares, es por ello que los privilegios no dejan que la acción sea eficaz ya que contemplan muchas garantías a los funcionarios a favor de su patrimonio para que no tenga que devolver dineros a la administración, por los daños causados.

El procedimiento es un poco costoso y la ley no lo define expresamente, es por ello que varias administraciones, prefieren no cumplir la ley, por no asumir los costos previstos, sino llegar a un acuerdo entre la administración, el funcionario y el tercero que recibió el daño.

Así como Robles y Vargas (2014), han señalado dentro del aporte a la presente investigación, se evidencia que la figura de la acción de regreso pretendida en la legislación española, tiene efectos similares los que se presentan en Colombia, es decir, no permite cumplir con los objetivos pretendidos como son la conservación de los recursos públicos. Esta situación se ha debido para el caso español a la falta de reconocimiento de la acción de regreso por parte de los funcionarios judiciales como un medio para mantener protegido el patrimonio público. De otro lado, uno de los aspectos por los cuales la acción de repetición en Colombia ha tenido tropiezos ha sido precisamente la misma razón por la que la acción de regreso tampoco ha logrado éxito, pues en lo relativo al análisis de la conducta, la intencionalidad de los funcionarios y la relación de la conducta con los hechos lesivos de derechos, ha llevado a que en España no se cuente con los medios para identificar la relación causal del funcionario y el daño, ni mucho menos la posibilidad de endilgar responsabilidad al mismo, con lo cual, el fundamento de la responsabilidad y de viabilizar la devolución de los recursos públicos perdidos, queda en simplemente buenas intenciones de las dos legislaciones.

Adicionalmente en el caso español se ha dotado de privilegios algunos funcionarios con los cuales se hace más complejo el propósito de hacer los responsables de la devolución de los recursos públicos, sumado a la carga económica impuesta para poder adelantar la acción de regreso, pues el costo de adelantar la acción se constituye en otro impedimento para el logro de los ideales de la acción de regreso.

De la misma manera, en el contexto de la unión europea se habla de la responsabilidad de los funcionarios públicos y su similitud en el contexto colombiano, respecto a la tipología de las conductas de los mismos, y el deber de asumir la responsabilidad patrimonial.

“Para el caso de la Unión Europea, en los Arts. 215 y 188 del Tratado CEE y CEEA, se contemplaba la responsabilidad personal del servidor y no de la comunidad. Ya en el tratado de fusión de las comunidades, se determinó que la comunidad es directamente responsable de la reparación de los perjuicios causados por agentes suyos en ejercicio de sus funciones y éstos son responsables en forma personal ante el órgano comunitario, cuando actúen con culpa grave o dolo. Se excluye este tipo de responsabilidad cuando no se actúe en ejercicio de las funciones propias del cargo. El competente para decidir sobre la responsabilidad es el tribunal, de acuerdo con el art. 40 del Tratado de 1952 de la Comunidad Económica del Carbón y el Acero, CECA” (Bertín, 1999, pp. 53, 57-59).

Es preciso entonces manifestar que, en el contexto de los países europeos, se ha promovido la responsabilidad personal de los funcionarios, cuando efectivamente han mostrado una conducta contraía a los estados que representan, dejando claro que la responsabilidad deber asumirse directamente ante el tribunal europeo de conformidad con lo previsto en los acuerdos suscritos entre los estados.

En los mismos términos, tal como Bertín (1999) lo señala, no cualquier tipo de conducta es merecedora de la responsabilidad del funcionario, sino precisamente, ha manejado las mismas conductas tanto dolosa como gravemente culposa, a través de la cual se determine el grado de responsabilidad y en consecuencia, las implicaciones patrimoniales de la responsabilidad.

Sección II. Responsabilidad patrimonial del Estado y sus agentes en el sistema interamericano de derechos humanos

De conformidad con el estudio abordado, no es de menor importancia hacer un abordaje desde el concepto de la responsabilidad en el marco del sistema interamericano de derechos humanos del Estado en virtud de la incorporación de

Frente al Estado y sus responsabilidades. El Estado colombiano ha sido objeto de un sin número de demandas incoadas en el seno del sistema interamericano de derechos humanos, escenario supranacional en el cual se ha analizado la responsabilidad del Estado por la violación de disposiciones de alguna de las normas que hacen parte del corpus iuris del sistema interamericano, iniciando por la fuente principal, la Convención Americana de Derechos Humanos (CIDH).

De esta manera, como es de conocimiento de la comunidad jurídica, la responsabilidad institucional del Estado como persona jurídica, depende del despliegue de conductas desarrolladas por personas naturales, caso en el cual se entra a analizar el tipo de comportamiento de los servidores públicos o agentes del estado, para determinar la responsabilidad del estado. Con lo cual, revisando algunos de los casos analizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se encuentran algunos, en los cuales de manera contundente se observa la responsabilidad del estado, derivado del actuar contrario a las finalidades del estado, de sus agentes. Dentro de algunos de los casos analizados, se encuentran:

i. Caso la masacre de Mapiripán vs Colombia

Este caso es analizado de conformidad con el conocimiento de la Corte Interamericana en donde, se observará como la presencia del Estado con sus agentes, interviene dentro de un acto que atenta contra la vida y las libertades de un grupo de personas en el municipio de Mapiripán en el Meta. La relevancia del caso reside en la intervención consentida de los agentes estatales en la violación de los derechos de la comunidad.

Este caso en los términos de la misma demanda presentada ante la corte IDH manifiesta de manera concisa los hechos que dieron lugar al conocimiento del sistema interamericano de derechos humanos, refiriendo que:

“Entre el 15 y 20 de julio de 1997 [...] aproximadamente un centenar de miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia [...] con la colaboración y aquiescencia de agentes del [...] estado, privaron de la libertad, torturaron y asesinaron a por lo menos 49 civiles, tras lo cual destruyeron sus cuerpos y arrojaron los restos al río Guaviare, en el municipio de Mapiripán, departamento del meta”. Asimismo, señaló que “aproximadamente 49 personas” eran las presuntas víctimas, de las cuales identificó a diez personas y a algunos de sus familiares. (corte IDH, sentencia caso, la masacre de Mapiripán vs Colombia)

Conforme a los hechos relacionados, de manera anticipada se hace mención de la posible vinculación del Estado a través de sus agentes en la realización de los actos que llevaron a la muerte de más de 49 civiles, enfatizando en la participación activa de los agentes del estado, representado a través de los militares dentro de la jurisdicción del municipio de Mapiripán.

Con base en el análisis de los elementos probatorios allegados, la Corte determina la responsabilidad del Estado, al concluir que los agentes del Estado incurrieron en acciones y omisiones cometidas de manera coordinada con grupos al margen de la ley, conllevando a una clara violación de la convención americana de derechos humanos CADH.

“La corte ha llegado a la conclusión de que la responsabilidad internacional del Estado se ha generado por un conjunto de acciones y omisiones de agentes estatales y de particulares realizadas en forma coordinada, paralela o concatenada con el propósito de perpetrar la masacre. En primer lugar, dichos agentes colaboraron en forma directa e indirecta en los actos cometidos por los paramilitares y, en segundo lugar, incurrieron en omisiones en su deber de protección de las víctimas contra dichos actos y en su deber de investigar éstos efectivamente, todo lo cual ha desembocado en violaciones de derechos humanos consagrados en la convención.” (CIDH, sentencia caso, la masacre de Mapiripán vs Colombia. Cons. 122.)

Es preciso entonces identificar que, dentro de las razones de la violación de la convención, se tuvo en cuenta la participación y aquiescencia de los agentes del Estado, que, en coherencia con el desarrollo realizado hasta el momento, evidencia que hay un actuar contrario al principio de responsabilidad de todo servidor público. El cual, dentro de lo observado por el sistema interamericano, demuestra con claridad la falta y desconocimiento de las obligaciones constitucionales de quienes participaron como agentes del Estado. No se trata de un error dentro de las actuaciones, se trata de un claro comportamiento renuente a respetar la Constitución y atentar contra los derechos de más de 49 personas en el Municipio de Mapiripán.

No puede catalogarse como culposa la conducta de quienes intervinieron como agentes del Estado, cuando claramente se evidencia una conducta positiva tendiente a causar una afectación a la comunidad materializada en la coordinación entre los grupos al margen de la ley y los miembros

de la fuerza pública, implicando que las acciones de repetición el respaldo probatorio este perfectamente respaldado.

ii. La masacre de Ituango vs Colombia. Este segundo caso, relativo a los hechos acaecidos en el municipio de Ituango en el departamento de Antioquia en Colombia, fue objeto de conocimiento por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), por la responsabilidad en la violación de disposiciones contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos. Frente a lo sucedido la ficha técnica del sistema Interamericano, relacionó hechos en los cuales resalta la incursión de grupos paramilitares en el Municipio de Ituango, en dos oportunidades. Una de ellas se presentó el 11 de junio de 1996, donde cerca de 22 miembros de las autodefensas asesinaron a un grupo de pobladores y los cuales, a pesar de las investigaciones, no ofrecieron mayores resultados respecto a los responsables. (ficha Técnica 330. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=330).

De igual forma, se presenta una segunda incursión entre los días 22 de octubre y 12 de noviembre en el corregimiento de El Aro en donde alrededor de 30 hombres armados torturaron y asesinaron a un grupo de pobladores de la región obligando bajo amenaza de muerte, a varios de los pobladores a arrear ganado robado durante varios días y donde sustrajeron entre 800 y 1.200 cabezas de ganado y finalmente prendieron fuego varias de las casas en la región. (ficha Técnica 330. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=330)

Se refiere la Corte a uno de los casos en los que grupos paramilitares, también llamados autodefensas, quienes además nacieron con el propósito de apoyar a la institucionalidad del Estado y en respaldo a la fuerza pública y que termina convirtiéndose en un grupo al margen de la ley. Como se observa este grupo atenta contra los derechos de los pobladores y donde las autoridades de la región no adelantaron acciones tendientes a mitigar el ataque.

Dentro de las investigaciones adelantadas en relación al caso se logra encontrar que CUASTUMAL, encuentra que el caso, se presenta dentro del periodo de gobierno de Álvaro Uribe Vélez, en calidad de Gobernador de Antioquia, y donde refiere que el 10 de junio de 1996 el batallón Girardot ordenó retirar las unidades militares en varios sectores del municipio, y donde al día siguiente alrededor de 22 miembros de grupos paramilitares armados, se tomaron el municipio de la Granja y ejecutaron de selectivamente a varios habitantes de la comunidad, sin la intervención de la policía que hacia presencia en el lugar, tanto para la captura de los paramilitares como de la defensa de la comunidad. (2012)

Tal como los principios orientadores de la actividad judicial lo han reiterado, solo con base en los elementos probatorios allegados dentro del caso, es viable determinar la responsabilidad del Estado, pero además de ello, como lo refirió Cuastumal, el Estado aceptó lo hechos en donde se vieron involucrados agentes el estado, pertenecientes a la fuerza pública, quienes en coordinación con grupos paramilitares terminaron con la vida en varios de los pobladores de la región.

Asimismo, la Corte logra demostrar una participación de las fuerzas armadas donde no solo hubo aceptación de los hechos sino colaboración directa en los mismos y “Efectivamente, la participación de agentes del Estado en la incursión armada no se limitó a facilitar el ingreso de los paramilitares a la región, sino que también omitieron asistir a la población civil durante el

desarrollo de aquélla, (CIDH. Párr. 133 p.69). Implicando no solo el desconocimiento a la obligación Constitucional de defensa y protección de la población sino también el despliegue de comportamientos ilegales tendientes a la violación de derechos humanos.

La Corte IDH en su fallo consideró que “La responsabilidad del Estado por dichos actos, los cuales se enmarcan dentro de un patrón de masacres semejantes, se deriva de los actos de omisión, aquiescencia y colaboración por parte de miembros de la fuerza pública apostados en dicho municipio”. (párr,132. P.69). Este caso, como los demás que se analizan, tienden a generar sentimientos de animadversión en la población hacia la institucionalidad y afectación a la moralidad administrativa. Es inadmisibles que la administración del Estado en quien se deposita la confianza de la sociedad, sea quien actúe de la mano con grupos ilegales. Esta situación da lugar a que este tipo de investigaciones gocen de mayor pertinencia en relación a la búsqueda de la justicia frente a la comunidad y el mismo Estado, cuando servidores públicos tienden a causar daños que no solo redundan en la vida y familiares las víctimas humanas, sino además en el Estado, pues es quien finalmente debe responder por dichas afectaciones a los miembros de la sociedad.

En el caso en cita, el Estado colombiano consiente de las obligaciones convencionales en materia de derechos humanos y la posibilidad de ser judicializados por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos, tal como queda probado en el caso, de manera deliberada y voluntaria por parte de sus agentes, incurre en la omisión de protección de la población civil del municipio de Ituango. La responsabilidad establecida por la corte evidencia una clara intervención y conducta omisiva por parte de los miembros de la policía y el ejército del municipio, lo cual permitió que se perpetrara la masacre selectiva de pobladores de la región. Así las cosas, se demuestra que, dentro de las condenas al estado, el elemento volitivo del agente ha constituido el factor determinante de la responsabilidad. Pero, tal como lo hemos referido, corresponde a la institucionalidad demostrar el elemento subjetivo del funcionario que ha constituido como una de las fallas más recurrentes en cuanto a las acciones repetición se refiere.

iii. Caso de la masacre de la Rochela vs. Colombia.

Este caso, tiene una especial relevancia jurídica en la medida que los funcionarios víctimas de la masacre, se encontraban adelantando investigaciones respecto al caso de la muerte de 19 comerciantes en la región y donde, se observa que miembros de grupos paramilitares con la anuencia y colaboración de agentes del estado, dan muerte a los funcionarios judiciales. (Corte IDH. Párr. 2), recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_163_esp.pdf

¹⁵

¹⁵ El 18 de enero de 1989 un grupo paramilitar con la cooperación y aquiescencia de agentes estatales ejecutó extrajudicialmente a Mariela Morales Caro”, (y otros) así como “lesionó la integridad personal de Arturo Salgado Garzón, Wilson Humberto Mantilla Castilla Y Manuel Libardo Díaz Navas [...] mientras cumplían una diligencia probatoria en su carácter de funcionarios de la administración de justicia en el corregimiento de ‘la Rochela’, en el bajo Simacota, departamento de Santander, Colombia”. La comisión alega que “el caso permanece en parcial impunidad y la mayoría de los autores materiales e intelectuales, civiles y militares, no han sido investigados y sancionados penalmente”. Además, se afirma que “el esclarecimiento judicial de la masacre de ‘la Rochela’ posee un especial significado para la sociedad colombiana en tanto se refiere al asesinato de funcionarios judiciales mientras cumplían con su deber de

Por lo cual, no se requiere de mayor conocimiento jurídico y estudios de la doctrina y jurisprudencia de las altas cortes en Colombia como del Sistema Interamericano, para identificar un actuar doloso de los agentes del Estado que, promueven la violación del orden jurídico y los derechos de las personas que hacen parte de la misma institucionalidad del Estado.

Es entonces importante analizar los casos observancia y aplicación de normas internacionales y los casos en los cuales, se evidencia la participación y la materialización de la voluntad de los funcionarios públicos en la trasgresión de dichas las normas de protección de derechos humanos.

No es de menor relevancia el análisis de las conductas en el seno del Sistema Interamericano, pues desde allí es posible coadyuvar las investigaciones de los funcionarios judiciales en Colombia de aquellos que tienen a su cargo el estudio y determinación de promover o no acciones judiciales.

La acción de repetición podría sin duda, lograr tener resultados más exitosos, si existiera una aplicación de las normas ajustadas a derechos, bajo la aplicación de principios constitucionales, legales y convencionales que lleven a la preservación de los recursos públicos y la defensa de los derechos humanos, en casos de eventual similitud con los referidos en el presente capítulo.

Respecto al servidor público y sus responsabilidades. Las conductas de los agentes del Estado son consideradas determinantes dentro del accionar de la institucionalidad, bajo el concepto de persona jurídica del Estado y su posibilidad de acción a través de las personas naturales. Es así que, dentro de las múltiples formas de manifestaciones del Estado, los agentes como representantes o rostro directo de la administración deben de conformidad con el artículo 6 constitucional, conocer de la responsabilidad que recae en su persona, como funcionario público y los deberes respuesta en relación a la sociedad y los fines del Estado.

Pero, así como no es admisible al particular alegar el desconocimiento de la ley respecto a su incumplimiento, mucho menos es siquiera considerable de parte del servidor público. Es así que la Corte Constitucional lo ha recordado a todos refiriendo que “la obediencia al derecho no puede dejarse a merced de la voluntad de cada uno, pues si así ocurriera, al mínimo de orden que es presupuesto de la convivencia comunitaria, se sustituiría la anarquía que la imposibilita” (sentencia C-651/97). Con lo cual, se tiene como propósito mantener un orden justo, alejado de cualquier acto de anarquía que conlleve al desconocimiento del Estado.

Pero a pesar de ello, la institucionalidad se ha visto afectada por la negligente o deliberada actuación contraria a derecho, por parte de los funcionarios que como se refería, constituyen el brazo móvil de la voluntad de la administración.

Es entonces, determinante analizar algunos de los casos en los cuales se ha visto las consecuencias lesivas de las conductas reprochables y endilgables a los servidores públicos, con las cuales se ha desdibujado el deber ser del Estado.

Caso de la masacre de la Rochela vs. Colombia.

Este caso es considerado de especial relevancia jurídica, teniendo en cuenta que se investiga la intervención del Estado en la comisión de delitos en contra de sus propios funcionarios

investigar entre otros hechos de violencia, la responsabilidad de civiles y militares en la masacre de los 19 comerciantes”, así como otros hechos de violencia perpetrados en la zona del Magdalena medio. (Corte IDH. Párr. 2)

pertenecientes a la administración de justicia y quienes se encontraban en cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y legales de esclarecer los hechos acaecidos en la zona, respecto a homicidios y desapariciones en el municipio de Simacota departamento de Santander.

Los hechos se presentan en el mes de enero de 1989 en el municipio de Simacota, Santander, particularmente en el corregimiento de la Rochela, en donde un grupo de 16 funcionarios judiciales adelantaban investigaciones relacionadas con la:

“responsabilidad de civiles y militares en múltiples homicidios y desapariciones cometidas en la zona del Magdalena Medio, incluyendo la desaparición de 19 comerciantes que transitaba por la región. Los paramilitares dispararon al grupo, asesinaron a 12 personas e hirieron a otras tres. El crimen fue el resultado de una alianza entre paramilitares, narcotraficantes y algunos miembros del Ejército, y se enmarca dentro de un contexto de violencia contra funcionarios judiciales”. (recuperado de <https://www.cejil.org/es/rochela>).

El contexto de la época, ofrece indicios de la intervención de agentes del Estado para dejar en la impunidad diferentes hechos punibles presentados, no solamente en el departamento de Santander sino en otras latitudes del país. El proceder de la administración a través de los agentes del Estado (Ejército Nacional) mantiene el mismo denominador de los casos anteriormente analizados, en los que se demuestra una conducta permisiva y consiente de parte de los funcionarios, con el fin de coadyuvar la consolidación de actos violatorios de los derechos de la sociedad y que reviste de importancia el caso, pues no solo la acción está dirigida a los miembros de la población civil, sino contra funcionarios judiciales.

Es así que la sentencia resalta la gravedad del caso analizado donde refiere que el Estado fue “responsable de una masacre perpetrada contra sus propios funcionarios judiciales cuando se encontraban cumpliendo con su deber de investigar graves violaciones de derechos humanos, y que en dicha masacre inclusive participaron agentes estatales pertenecientes a las fuerzas armadas. (*Ibid.* párr.79 p.24)

Aquí, claramente la misma Corte IDH, evidencia para participación activa y omisiva de los funcionarios del Estado, quienes no pueden desconocer su total desidia en el actuar contrario al orden jurídico colombiano y las disposiciones mismas de la convención americana de derechos humanos, como de las demás normas e instrumentos que hacen parte del *corpus iuris* del sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Por tanto, la conducta dolosa o gravemente culposa es perfectamente predicable de los funcionarios que actuaron en este y los demás casos en cita, con los cuales se podría propender por la recuperación del patrimonio público perdido como consecuencias de las condenas impuestas al Estado colombiano.

La decisión adoptada responde a establecer la responsabilidad del Estado Colombiano al considera que

“el Estado permitió la colaboración y participación de particulares en la realización de ciertas funciones (tales como patrullaje militar de zonas de orden público, utilizando armas de uso privativo de las fuerzas armadas o en desarrollo de actividades de inteligencia militar), que por lo general son de competencia exclusiva del Estado y donde éste adquiere una especial función de garante. En consecuencia, el Estado es directamente responsable, tanto por acción como por omisión, de todo lo que hagan estos particulares en ejercicio de dichas funciones,

más aún si se tiene en cuenta que los particulares no están sometidos al escrutinio estricto que pesa sobre un funcionario público respecto al ejercicio de sus funciones. Fue de tal magnitud esta situación en la que particulares colaboraron en el desarrollo de dichas funciones, que cuando el Estado trató de adoptar las medidas para enfrentar el desborde en la actuación de los grupos paramilitares, estos mismos grupos, con el apoyo de agentes estatales, atentaron contra los funcionarios judiciales. (CIDH, 1989. Párr. 101. P.32,33).

Así las cosas, es claro como dentro de los casos analizados, la Corte ha logrado identificar que dentro de las actuaciones del Estado, media claramente la intervención de parte de los servidores públicos, por medio de quienes logra el Estado manifestar su voluntad y que para los asuntos analizados, se evidencia la desviación de las conductas de los agentes, respecto al deber ser de la administración pública y donde, dicha conducta, la cual además goza integralmente del elemento volitivo, deriva en la generación del daño imputable al Estado. Con lo anterior, es posible afirmar que debe iniciarse las acciones en contra del agente estatal, quien dio lugar a la ocurrencia del daño y la traducción del mismo en una demanda en contra de la institucionalidad.]

Conclusiones

Es importante manifestar la relevancia jurídica de la creación de la Ley 678 de 2001, así como la actualización normativa del Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo a través de la Ley 1437 de 2011, con la cual se mantuvo el interés de recuperar los recursos públicos por vía de acción de repetición. El desarrollo jurídico evidenciado, demuestra la amplitud en la conceptualización de figuras jurídicas, a través de las cuales se determina la responsabilidad de los servidores públicos, como consecuencia de una conducta constitutiva de dolo o culpa grave, desde el punto de vista civil, fiscal, disciplinario, penal y particularmente dentro de las acciones de repetición.

Si bien es cierto, el derecho administrativo tiene como génesis normativa el derecho civil, es de resaltar el proceso de emancipación por medio del cual se ha logrado institucionalizar una jurisdicción contencioso administrativa, con independencia y autonomía en la adopción de medidas relativas a las diferentes relaciones jurídicas presentes entre entidades públicas, éstas y particulares, persisten visos de dependencia con la legislación civil.

Por lo anterior, para efecto del presente ejercicio académico, constituye una limitación al tratamiento de las conductas de los servidores públicos, en los mismos términos del comportamiento que puede ser desplegado por un particular. La Constitución colombiana señala la posibilidad de establecer la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos, siempre y cuando se adelanten las acciones de repetición, previo concepto favorable de los comités de conciliación, quienes además de carecer de los fundamentos jurídicos para determinar si la conducta del agente se encaja dentro del título de dolo o culpa grave, desconocen las implicaciones de las mismas dentro de un proceso judicial y más aun tratándose de un proceso administrativo.

Así pues, el legislador en el año 2001 con la expedición de la Ley 678, intentó ofrecer las herramientas jurídicas a las entidades públicas para poder determinar con mayor facilidad el tipo de comportamiento lesivo asumido por parte del agente o ex agente del Estado o el particular con funciones públicas, a través de la proposición de conductas presuntamente constitutivas de dolo o culpa grave, con las cuales y de acuerdo a lo referido en la exposición de motivos de la ley, se intentó propender porque la tarea de ajustar la conducta no fuera imposible para el representante legal o el comité de conciliación, pero, que en la actualidad no se ha visto reflejado tal propósito. Por el contrario, dichas presunciones han permitido que sean utilizadas con el fin de encuadrar el comportamiento por fuera de dichas conductas, con lo cual el comité o el representante de la entidad pueden justificar la no procedencia de las acciones de repetición.

En coherencia a lo referido han sido los pronunciamientos de las Altas Cortes y donde el Consejo de Estado, ha señalado que las conductas presuntivas son consideradas hipótesis de responsabilidad, mas no son las únicas formas en las cuales se enmarque un comportamiento doloso o gravemente culposo. Situación que implica un mayor compromiso por parte de las entidades del Estado, quienes deben realizar un análisis que conlleve una rigurosidad en el análisis

conductual, que además sea armonizado con el conjunto de funciones propias del servidor público y con lo cual se podría hacer una valoración real del elemento volitivo propio de la acción de repetición y propósito del intento de recuperación de los dineros públicos perdidos.

Asimismo, las conductas presuntivas de dolo y culpa grave al no contar con un análisis detenido al momento de determinar la procedencia de la acción de repetición, conlleva además a una consecuencia jurídica totalmente desproporcionada en la medida que las conductas responden a la calidad de la acción, mas no a la calidad de los sujetos que intervienen en la actuación administrativa. Es así que, dentro de las consecuencias jurídicas derivadas de la acción de repetición, la ley hace caso omiso a la determinación de una condena diferenciada más o menos gravosa en caso de demostrarse una conducta dolosa o una conducta gravemente culposa. Si bien, se hace referencia a una acción de carácter civil, debe atenderse también a la calidad del actor de la conducta, es decir, un servidor público, de quien se predica un comportamiento especial y ejemplarizante en relación a la actividad administrativa del estado. Por lo cual, no puede asimilarse la conducta de un servidor público a la de un particular, más aún cuando además del deber de conocer la esencia, funciones y objetivos de la entidad que representa, la conducta y cumplimiento de las obligaciones legales y constitucionales del primero, deben enmarcarse en el servicio a la comunidad y el apoyo el cumplimiento de los fines del Estado, con lo cual no necesariamente está comprometido el particular.

Por lo tanto, en el marco del Estado Social de Derecho, el principio de legalidad en conjunto con el respeto a los derechos fundamentales de las personas, debe atenderse que los servidores públicos están sometidos al imperio de la ley y de la Constitución, con las cuales se forman las bases que garantizan objetividad en las eventuales investigaciones de distinta índole. De tal manera que, en materia de repetición, a pesar de haber considerado la posibilidad de determinar el monto de la condena contra el o los funcionarios públicos, la Corte Constitucional bajo el ejercicio de control constitucional determinó dejar sin el apartado “*a sus condiciones personales*” (Corte Constitucional, C-484 de 2002), refiriéndose al funcionario particularmente y su participación en el acto lesivo al particular y que genero la condena contra el estado. Es allí, donde reviste importancia el análisis que realiza el operador jurídico, pues, se evidencia un vacío en la norma o una omisión legislativa, en el sentido de desconocer primero, la imposibilidad de ir en contravía del perjuicio patrimonial al Estado con el pago de la indemnización a la víctima y segundo, que el legislador desconoció la importancia de determinar que la tipicidad de la conducta reprochable al funcionario, tiene incidencia en el fallo condenatorio o absolutorio. Lo anterior, atendiendo a que, si la norma establece la necesidad de probar el dolo o la culpa grave del funcionario, y entendiendo la diferencia de las conductas, debió establecer consecuencias jurídicas diferentes ante la presencia de una u otra conducta, pero que finalmente desconoció u omitió, además de desatender a la calidad de los sujetos objeto de repetición, como servidores públicos y no como particulares, con lo cual permitiera asimilar las conductas.

“Caldera Ynfante (2018), manifiesta que se reconoce en la doctrina y la normatividad que regula el derecho a la democracia, asumido como infundamental, el vínculo entre democracia y Estado Social de Derecho, por una parte, y su interdependencia e interrelación con el goce de los

derechos humanos, lo que permite dar una conceptualización de la democracia atendiendo los dictados del enfoque basado en derechos humanos, dando cabida a la definición propia de democracia integral, o D+EBDH, que reúne sus facetas instrumental y sustancial, entendida en sentido ampliado y en sentido abreviado.” (De los Santos, Ávila y Caldera, 2018, p.6).

Por tanto, existe un claro deber de los funcionarios públicos tanto en el marco del cumplimiento de sus obligaciones como del deber de respeto que existe por parte del Estado, cuando se vea involucrado en investigaciones dentro de las distintas materias dentro de la jurisdicción en Colombia y más cuando se refiere a derechos de la ciudadanía, y donde el concepto de democracia integral es determinante dentro de los propósitos de protección constitucional y patrimonial.

Es allí donde debe analizarse que, en cuanto al particular, éste tiene la posibilidad de contar con una mayor amplitud en el espectro comportamental, en el cual se comprometen posibles intereses de orden privado y se hace necesario identificar el factor subjetivo de la conducta, determinado si puede o no ser contrario a los intereses de la comunidad y el estado. A diferencia del servidor público, éste sujeto encuentra enmarcada su actuación al cumplimiento de la Constitución y la ley, sin poder negarse a cumplir sus obligaciones legales o por el contrario a extralimitarse en el desempeño de las mismas, pues, es en sí mismo la institucionalidad del Estado y la cara de la administración en el ejercicio de sus actuaciones.

En consecuencia, no puede considerarse que la conducta del servidor público sea equiparable a la del particular, y de esa forma se aplicables las mismas presunciones de comportamientos considerados dolosos o gravemente culposos. Precisamente, lo valorable dentro de la acción de repetición es la conducta, razón por la cual, en caso de no evidenciar una posible conducta dolosa o una posible conducta gravemente culposa, la acción tiende a no tener vigencia en el caso concreto. Y es pues, lo relevante dentro del presente estudio que la conducta a título de dolo o de culpa grave, lleva a determinar la consecuencia jurídica de la acción de repetición, pues la teoría jurídica ha hecho una clara diferencia entre el dolo y la culpa, en la cual media la voluntad de causar o no un daño antijurídico que afecta un bien jurídico tutelado por el ordenamiento jurídico.

La legislación internacional logra mostrar la diferenciación entre la responsabilidad personal, atribuible a los servidores públicos que intervinieron en la generación del daño al particular, y la responsabilidad por falla en el servicio, la cual es estrictamente atribuible a la institución, con independencia de la valoración de la conducta del agente, con lo cual identifica la posibilidad de propender por la llamada acción de regreso propia del derecho español. Además, dentro de los tribunales de protección regional de los derechos humanos, se ha logrado identificar con la activa participación de la Corte Interamericana De Derechos Humanos, en donde en el seno de las sentencias proferidas, refiere dentro de sus consideraciones de la participación o injerencia de las conductas de los agentes del Estado. Claramente en muchos de los casos se observa un desconocimiento intencionado de los principios constitucionales y deberes de protección a la sociedad civil. Por lo anterior, si bien la Corte no se refiere de manera directa a la modalidad de la

conducta del agente o ex agente estatal o particular con funciones públicas como dolosa o gravemente culposa, si identifica claramente su intención de causar una afectación a derechos tutelados a los ciudadanos destinatarios de las normas que conforman el *corpus iuris* del Sistema Interamericano.

El comportamiento del servidor público constituye el principal presupuesto jurídico para dar inicio a la acción de repetición y del cual debe derivar una consecuencia jurídica ajustable a la modalidad de la conducta. Por consiguiente, no es posible asimilar un comportamiento doloso a un comportamiento culposo, más cuando nos referimos a un contexto administrativo, de función pública, de la prestación de actividades para beneficio de la sociedad, contexto abismalmente distante de la actividad desarrollada por los particulares. Estos últimos tienen la posibilidad de actuar con base en aquello que les está permitido por la ley, así como por lo que no está prohibido, lo cual no puede enmarcarse a los que está sometido el servidor público, pues, de conformidad con las disposiciones constitucionales, los servidores públicos tienen competencias y funciones claramente definidas, de las cuales no puede desligarse en ningún momento.

Es así que, que a juicio particular, las conductas constitutivas de dolo y culpa grave, inciden y deben claramente contar con una serie de consecuencias diferentes, pues, como se ha logrado manifestar en lo precedente, la calidad del sujeto a quien se judicializa vía pretensión de repetición, es un agente del estado, la representación misma de la institucionalidad y donde la conducta a título de dolo, debe dar como resultado una consecuencia sin lugar a dudas más gravosa que la que pudiera aplicarse a un funcionario que ha actuado a título de culpa grave, pues es allí, donde se debe realizar un análisis jurídico más detenido, en donde se valore las posibilidades de comportamiento aplicables en el caso y que logren demostrar si el actor, evaluó las condiciones y modalidades de su actuación, con lo cual determinó desplegar una determinada conducta, que llevó como consecuencia la materialización de un daño indemnizable. Como se estudia en derecho, cada uno de los casos goza de su particularidad y de elementos concretos con los cuales se permite al juzgador, determinar el sentido y alcance de sus decisiones.

No puede, como sucede actualmente en los despachos judiciales, permitirse que so pretexto de lograr la recuperación del patrimonio público, se desestime el propósito o la intencionalidad del agente dentro de la conducta que dio lugar a la condena contra el estado, pues como se refirió en lo precedente, la tipología de la acción no puede desnaturalizar al sujeto objeto de judicialización. En la jurisdicción penal y disciplinaria, no se falla en los mismos términos cuando se encuentra un comportamiento doloso que cuando se evidencia un comportamiento culposo, pues a ese último, se asocian circunstancias que pueden llevar a atenuar la sanción o la pena, según corresponda, pero jurisdicciones en los que no se asemeja la conducta dolosa y culposa con una misma sanción.

Esta investigación ha logrado llevar a como algunas consideraciones de orden subjetivo que pueden ser atendidas al momento en que el fallador en materia administrativa (juez administrativo) deba pronunciarse respecto a la devolución del dinero perdido por el Estado, por

vía de una condena judicial o por medio de una conciliación u otro medio de solución de conflictos:

DECISIÓN/ CONDUCTA	Dolosa	Gravemente culposa
Condena por pago total de la condena, sumado a los intereses e indexación al momento del pago por parte del servidor público.	X	
Condena por el pago total de la condena, sin pago de intereses e indexación al momento del pago por parte del servidor público.		X
En caso de dos o más funcionarios implicados, condena por pago total de la condena, sumado a los intereses e indexación al momento del pago por parte de los servidores públicos, con pagos en partes iguales.	X	
En caso de dos o más funcionarios implicados, condena por pago total de la condena, sumado a los intereses e indexación al momento del pago efectivo por parte de los servidores públicos, con pagos en partes iguales de acuerdo a la conducta. SP con conducta culposa, pago del dinero pagado dividido en el número de SP involucrados, sin obligación a pago de intereses e indexación. SP con conducta dolosa, pago del dinero pagado dividido en el número de SP involucrados, con obligación a pago de intereses e indexación.	X	X
En caso de dos o más funcionarios implicados, condena por pago total de la condena, sin obligación a pago de intereses e indexación al por parte de los servidores públicos, con pagos en partes iguales.		X

Tabla 1. Propuesta académica de análisis de la conducta en acciones de repetición.

Fuente: Propia, 2019

En caso de analizarse las conductas aquí descritas, junto con las posibles consecuencias jurídicas, sería garantizar el principio de congruencia y consecutividad en cuanto a la imposición de condenas o sanciones coherentes con los comportamientos efectivamente presentes en los casos resueltos.

Claramente lo anterior, representa una posible solución a la problemática planteada, sin que signifique la única viable dentro de las diferentes y posibles situaciones jurídicas derivadas de la multiplicidad de comportamientos de los agentes del Estado y de las funciones que cada uno desempeña, en el sin número de cargos y empleos públicos.

Trabajos citados

- Bautista, O. D. (S.F.) *Ética y política: valores para un buen gobierno*. Mexico. UNAM.
- Bertín, R. (1999). *Contribución de la burocracia pública al fortalecimiento de la democracia. Falla personal y responsabilidad del servidor público colombiano. Acción de repetición*. Cali: Univalle.
- Caldera-Ynfante, J. (2018). La democracia como derecho fundamental: Ideas sobre un modelo de democracia integral. *Opción, Revista de Ciencias Humanas y Sociales*. 34(87): 584-624
- Centro por la Justicia y el Derecho Internacional / Center for Justice and International Law Recuperada de: www.cejil.org/es/rochela el 20 de noviembre de 2019.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010). *Comunicado de prensa 27 de enero de 2010*. Recuperado de: http://corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_03_10.pdf el: 15 de noviembre de 2018.
- Congreso de la República de Colombia (1976). Decreto-ley 150, *Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas* Recuperada de: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1708308>. el 10 de febrero de 2019.
- _____ (1980). *Decreto ley 100*, Por el cual se expide el nuevo Código Penal. Recuperada de: (<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=80544>) el (14 de octubre de 2018)
- _____ (1993). *Ley 80 Por la cual se expide el estatuto general de contratación de la administración pública*. Recuperada de: *el 5 de febrero de 2019*.
- _____ (1996). *Ley 270 Estatutaria de la administración de justicia*. Recuperada de: <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/leyes-de-la-republica> el: 5 de febrero de 2019.
- _____ (1998). *Ley 446 Por medio de la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del código de procedimiento civil, se derogan otras de la ley 23 de 1991 y el decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del código contenciosos administrativo y se dictan otras disposiciones*.
Recuperada de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0270_1996.html el: 22 de enero de 2018.
- _____ (2000). *Ley 599 por medio de la cual se expide el Código Penal...* Recuperada de: <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/leyes-de-la-republica> el: 22 de febrero de 2019.
- _____ (2000). *Ley 610 por medio de la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías*. Recuperada de: <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/leyes-de-la-republica> el: 15 de junio de 2018.
- _____ (2000). *Gaceta 389 del 27 de septiembre*. Recuperada de: <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/view/gestion/gacetaPublica.xhtml> el: 26 de julio de 2018.

- _____ (2001). *Ley 678 por medio de la cual se reglamenta la determinación de la 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*. Recuperada de: <http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/leyes-de-la-republica> el: 15 de noviembre de 2017.
- _____ (2002). *Ley 734 por la cual se expide el Código disciplinario único*. Recuperada de: <http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/leyes-de-la-republica> el: 23 de noviembre de 2018.
- _____ (2011). *Ley 1437 por la cual se expide el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo*. Recuperada de: <http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/leyes-de-la-republica> el: 12 de octubre de 2017.
- _____ (2011). *Ley 1474 por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública (Estatuto Anticorrupción)*. Recuperada de: <http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/leyes-de-la-republica> el: 5 de febrero de 2018.
- Consejo de Estado de Colombia (2016). *Sentencia 00386 Sala plena Sección segunda*. Recuperada de: <http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscador-jurisprudencia/index.htm> el: 15 de abril de 2019.
- _____ (2016). *Sección Tercera C.P. Ramiro Pazos Guerrero, subsección B Expediente 42419 del 08 de julio*. Recuperada de el: 18 de mayo de 2019.
- _____ (2008). *Sección Tercera, Expediente 16.335*. Recuperada de: <http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscador-jurisprudencia/index.htm> el: 23 de noviembre de 2018.
- _____ (1999). *Sección tercera, C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque, Expediente 10.865 del 31 Agosto*. Recuperada de: <http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscador-jurisprudencia/index.htm> el: 6 de agosto de 2018.
- _____ (2017). *Sección Tercera, Expediente 47400 del 6 de Diciembre*. Recuperada de: <http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscador-jurisprudencia/index.htm> el: 20 de mayo de 2019.
- _____ (2000). *Sección Tercera, Expediente 10979 del 3 de Febrero*. Recuperada de: <http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscador-jurisprudencia/index.htm> el: 5 de abril de 2019.
- _____ (2015). *Caso de la "Masacre de Mapiripán"*. Recuperada de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf el: 17 de junio de 2018.
- _____ (2006). *Caso La Masacre de Ituango Vs Colombia*. Recuperada de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_esp.pdf el: 23 de junio de 2018.

- _____ (2010). *Caso Manuel José Cepeda Vargas Vs. Colombia*. Recuperada de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_213_esp.pdf el: 14 de marzo de 2019.
- _____ (2007). *Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia*. Recuperada de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_163_esp.pdf el: 16 de marzo de 2019.
- Corte Constitucional Colombiana (2002). *Sentencia C-285*. Recuperada de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-285-02.htm> el: 20 de octubre de 2018.
- _____ (2002). *Sentencia C-372*. Recuperada de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-372-02.htm> el: 8 de agosto de 2018.
- _____ (2002). *Sentencia C-155*. Recuperada de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-155-02.htm> el: 11 de noviembre de 2018.
- _____ (2002). *Sentencia C-619*. Recuperada de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-619-02.htm> el: 29 de agosto de 2018.
- _____ (2007). [Sentencia C-340](#). Recuperada de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-340-07.htm> el: 9 de marzo de 2019.
- _____ (2008). *Sentencia C-382*. Recuperada de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-382-08.htm> el: 10 de septiembre de 2018.
- _____ (2012). *Sentencia T-319A*. Recuperada de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-319a-12.htm> el: 14 de marzo de 2019.
- _____ (2013). *Sentencia C-826*. Recuperada de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/c-826-13.htm> el: 7 de abril de 2019.
- _____ (2013). *Sentencia C-512*. Recuperada de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/c-512-13.htm> el: 20 de febrero de 2018.
- _____ (2014). *Sentencia C-338*. Recuperada de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/c-338-14.htm> el: 21 de febrero de 2018.
- De los Santos-Olivo, I., Ávila-Hernández, F. y Caldera-Ynfante, J. E. (2018). La forja del Estado democrático constitucional en Venezuela y su relación con la democracia integral. *Revista Utopía y Praxis Latinoamericana* [en línea] 2018, 23 (Sin mes). Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=27957770016> , el: 25 de Julio de 2019
- Defensoría del Pueblo de Colombia. (1992). *Informe Estudio de casos de homicidio de miembros de la Unión Patriótica y Esperanza, Paz y Libertad*. Recuperado de:

- http://desarrollos.defensoria.gov.co/desarrollo1/ABCD/bases/marc/documentos/textos/informe_sobre_UP-Esperanzapazylibertad.pdf el: 2 de marzo de 2019.
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística –DANE- (2015). *Base de datos sobre conflicto y violencia política*. Recuperado de: <https://www.cinep.org.co/Home2/servicios/sistema-de-informacion-general-sig/banco-de-datos-de-ddhh-y-violencia-politica.html> el: 16 de marzo de 2019.
- Galindo, J. (2004). *Lecciones de Derecho Procesal Administrativo*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Henao, J. C. (1996). *La Responsabilidad Pecuniaria del servidor público en la ley 80 de 1993*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Moncada-Nieves, M. (2017). *Principales fallas en la aplicación de la acción de repetición en el Derecho Colombiano*. Recuperado de: <https://repository.ucatolica.edu.co/jspui/bitstream/10983/14277/4/Principales%20fallas%20en%20la%20aplicaci%C3%B3n%20de%20la%20acci%C3%B3n%20de%20repetici%C3%B3n%20en%20el%20Derecho%20Colombiano.pdf>, el: 05 de mayo de 2019.
- Montoya-Romero, N. (2017). *La destitución de servidores públicos de elección popular por la Procuraduría General de la Nación: violación de la convención americana sobre derechos humanos. Análisis especial de la destitución del Alcalde de Bogotá: Gustavo Petro Urrego en 2013*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada. Maestría en Derecho Administrativo.
- Procuraduría General de la Nación (2005). *Procurando N° 34, Julio*. Recuperado de: https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/procurando_034.pdf el: 12 de febrero de 2019.
- República de Colombia (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Imprenta Nacional
- Rodríguez, L. (2005). *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Bogotá: Temis
- Soler-Pedroza, I. y Jiménez, W. G. (2009). La acción de repetición como mecanismo moralizador de la función pública: luces y sombras. Estado del arte. *Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*. 9(16), enero-junio.73-89. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda
- Villate-Barrera, M. (2014). Dolo y culpa grave en acciones de repetición: condena igual o diferenciada. *Global Iure*. 2. 143-165. Recuperado de: <https://www.jdc.edu.co/revistas/index.php/giure/article/view/278> el: 09 de octubre de 2017.
- _____ (2011). Los comités de conciliación como órganos administrativos de análisis de procedencia de las acciones de repetición. *Principia Iuris*. 16. 167-188. Recuperado de: <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/439/588> el: 09 de octubre de 2019.