

DOLO Y CULPA GRAVE EN ACCIONES DE REPETICIÓN: CONDENA IGUAL O DIFERENCIADA

WILLFUL MISCONDUCT AND SERIOUS GUILT IN ACTIONS OF REPETITION: SAME SENTENCE OR DIFFERENTIAL

*VILLATE BARRERA, Mario Alfonso*⁷⁸

Recibido: 5 de mayo de 2014

Aceptado para publicación: 4 de diciembre de 2014

Tipo: revisión

RESUMEN

El presente artículo pretende mostrar la diferencia que debe existir en la consecuencia jurídica de la conducta realizada por un funcionario o exfuncionario público en el trámite de las acciones de repetición, ya que el legislador a pesar de establecer una divergencia entre una conducta dolosa y una gravemente culposa, no estableció una condena diferenciada para el agente del Estado. Dentro del proceso de investigación se empleó un método mixto, por un lado se buscó determinar la dogmática de la acción de repetición trabajando documentalmente la literatura existente y las normas jurídicas aplicables, para posteriormente confrontarla con la realidad de los procesos de repetición que se adelantan en los juzgados administrativos de la ciudad de Tunja, dentro del período comprendido entre el 2009 y el primer semestre de 2012.

⁷⁸ Abogado, egresado de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja. Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia. Maestrante en Derechos Humanos. Docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Internacionales, Director programa de Derecho de la Fundación Universitaria Juan de Castellanos. Email: mvillate@jdc.edu.co

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad, dolo, culpa grave, condena, graduación.

ABSTRACT

This article aims to show the difference that must exist in the legal consequences of the conduct done by a public official or former official in the processing of repetition actions, since the legislator despite establishing a divergence between willful misconduct and gross negligence, did not establish a differentiated sentence for the state agent. Within the research process a mixed method was used, on one hand it was sought to determine the dogmatic of the action of repetition working documentarily the existing literature and the legal rules applicable to later compare it with the reality of the processes repetition carried out in administrative courts of the city of Tunja, in the period between 2009 and the first half of 2012.

KEYWORDS

Fraud, gross negligence, responsibility, sentence graduation.

INTRODUCCIÓN

Inicialmente se intenta dar una noción genérica de la responsabilidad de los servidores públicos, para luego abordar la figura de la acción de repetición, estableciendo su finalidad y los destinatarios de la misma, de tal forma que haya claridad sobre el objeto de estudio.

A continuación se hará una revisión y análisis de los conceptos de dolo y culpa grave dentro de las acciones repetición, en la legislación civil y finalmente en la legislación penal, de esta manera se logrará tener una noción más amplia del tratamiento de la conducta en cada modalidad, dependiendo del área del derecho en la que se presente y evidenciando la diferenciación que debe tenerse en presencia de una u otra conducta.

El Consejo de Estado como la Corte Constitucional, han emitido varias sentencias relacionadas con los conceptos de dolo y culpa, los cuales se analizan desde la viabilidad de adelantar las acciones que, a consideración del autor, deberían adelantarse para una mejor y más ajustada aplicación de la norma.

RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

Al hablar de responsabilidad del Estado, se refiere a las personas jurídicas de derecho público que hacen parte de la administración, dentro de las cuales podemos encontrar un municipio, un departamento o la administración central, quienes por tratarse de personas ficticias, estas deben adelantar y cumplir con sus funciones a través de personas naturales, sobre quienes recaerá la atención durante el desarrollo del presente estudio. En similares términos lo ha señalado la Corte Constitucional en Sentencia C-619 de 2002, diciendo:

El Estado, como organización socio-política y estructura jurídica del poder público, para los efectos de cumplir y realizar sus fines, se desenvuelve en el orden institucional a través de un conjunto de órganos, dirigidos, coordinados y manejados por personas naturales que ostentan la calidad de agentes, funcionarios o autoridades públicas, cuyos actos relacionados con el servicio son imputables directamente al ente político estatal, representado en cada caso por sus entidades u organismos del nivel central y descentralizado. Esto último, en razón a que el Estado se concibe como un ente ficticio impedido para obrar directamente por carecer de entidad material, debiendo hacerlo entonces por intermedio de las instituciones públicas que lo conforman, a quienes en razón de sus objetivos constitucionales la propia Carta Política y las leyes le reconoce la respectiva personalidad jurídica.

De esta manera, se puede hacer un acercamiento histórico del tema, donde se percibe que la administración inicialmente se consideraba responsable por los actos desarrollados por sus agentes, determinando concretamente el tipo de función ejercida. En este sentido, la posición anglosajona frente al

tema, consideró la imputación directa de la responsabilidad sobre el funcionario, es decir, el funcionario garantizaría el pago de los daños ocasionados con su propio patrimonio.

Esta concepción no fue acogida por otros países, dentro de los que se encontraba Colombia, los cuales adoptaban la posición de la irresponsabilidad del funcionario, pues quien actuaba realmente era la administración, y así sería este último quien resarciera los perjuicios causados.

Analizando el tema de manera más detenida, se puede concluir que el funcionario no es totalmente irresponsable, cuando es por medio del Estado que se ocasiona o genera un daño y por otro lado, tampoco podemos dejar que recaiga toda la responsabilidad sobre el agente estatal, pues no estaríamos generando una disposición plena de los empleados y además no se atreverían a generar opiniones y propuestas con el fin de hacer más eficiente, efectiva y de calidad, la prestación de los servicios que garantiza directamente el Estado. Debe darse claridad a la existencia de varios tipos de responsabilidad dentro de las que se encuentran la responsabilidad del Estado mismo y la responsabilidad de los servidores públicos.

Con el ánimo de contextualizar un poco más el tema vale la pena hablar de la función pública, la cual ha sido tratada jurisprudencialmente y definida desde dos perspectivas: una, la función pública en sentido amplio y dos, en sentido restringido. En cuanto a la primera, se refiere al conjunto de actividades que desarrollan las diferentes ramas del poder público, es decir, la rama Ejecutiva, Legislativa y Judicial, además de los diferentes órganos independientes y autónomos dispuestos para alcanzar sus finalidades. Desde la perspectiva de lo restringido de la función pública, se ven envueltos los principios, normas y reglas que le son aplicables a las personas naturales vinculadas laboralmente con las entidades y órganos del Estado. (Corte Constitucional, Sentencia C-563 de 1998)

Además de esto, a través de la Sentencia C-893 de 2003, la Corte Constitucional, aclaró que la estructura del Estado se define desde dos puntos de vista a saber: el punto de vista estático y el dinámico. En cuanto al primero, corresponde a las distintas instituciones y organismos que hacen parte del

poder público, dejando como consecuencia en el criterio dinámico a la existencia de diferentes personas que en nombre del Estado cumplen las funciones que permiten la obtención y cumplimiento de los fines de este. Cuando nos referimos al conjunto de personas que denominamos servidores públicos o particulares que cumplen funciones públicas, son ellas las que en sí, permiten el movimiento y verdadero funcionamiento del aparato estatal.

La Jurisprudencia colombiana se ha pronunciado con respecto a este tema, señalando además el régimen aplicable a los servidores públicos y los preceptos constitucionales vulnerados.

Concretamente la Corte Constitucional en Sentencia C-372 de 2002, señaló artículos dentro de los que encontramos el artículo 6, referente a la responsabilidad que acarrea la comisión de actos que atenten contra la Constitución y la ley, al igual que por la omisión o extralimitación de las funciones que le corresponden⁷⁹ ; el artículo 90, cuando el Estado sea condenado a responder patrimonialmente, se impone el deber de repetir cuando el daño antijurídico generado producto de la conducta dolosa o gravemente culposa de sus funcionarios.⁸⁰ . Igualmente el artículo 121, señala que ninguna autoridad pública podrá ejercer funciones diferentes a las asignadas por la constitución y la ley; artículo 123, los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, cumpliendo con las funciones que señala la Constitución, la ley y el reglamento⁸¹, y el artículo 124, preceptuando que la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva.

79 Constitución Política de Colombia, artículo 6°. “los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

80 Constitución Política de Colombia, artículo 90, “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, aquel deberá repetir contra este”

81 Constitución Política de Colombia, artículo 123. “son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. 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”

La responsabilidad que implica tener la calidad de servidor público, señala el Dr. Enrique Gil Botero, se refiere en cuanto al inciso segundo del artículo 90, que la norma no enfatiza tanto en el respeto al ordenamiento jurídico, sino en el deber de obrar con buena intención o de manera subjetiva clara, en las actuaciones públicas que desempeñe (Gil, E. 2010).

Gil Botero es claro en referir que, la conducta señalada en la norma Constitucional es más de carácter subjetivo, en el entendido que el servidor público deberá actuar conforme a derecho y, además, en forma clara cuando desempeñe funciones públicas.

Es importante subrayar la responsabilidad de los agentes del Estado surge como consecuencia de un proceso de fortalecimiento del compromiso que debe tener el servidor público con la función o labor que está llamado a desempeñar a favor de las sociedad y en beneficio general, y pretende desempeñar los principios superiores de moralidad pública, eficiencia y eficacia administrativa (C.P. artículo 209), defensa del interés general y garantía del patrimonio público (C.P. artículo 2º)” (Gil, E. 2010, Corte Constitucional, Sentencia C-965 de 2003).

Es decir, el ejercicio de funciones públicas implica además del simple cumplimiento estricto de la ley, un compromiso personal por el fortalecimiento de las entidades públicas y de la confianza de los ciudadanos en sus autoridades, desarrollando de manera simultánea los principios de la administración pública como la moralidad administrativa y la responsabilidad, de tal manera que se logre el cumplimiento de los fines estatales.

LA ACCIÓN DE REPETICIÓN

La acción de repetición actualmente se rige por la Ley 678 de 2001, la cual señala tanto los aspectos sustanciales como procesales de la misma. Los diferentes pronunciamientos tanto del Consejo de Estado, como máximo órgano jurisdiccional en materia de lo Contencioso-Administrativo y la Corte Constitucional, en la salvaguarda de la integridad de la Constitución, han permitido nutrir eficientemente la acción y aclarar aspectos que a nivel

práctico han dado lugar a variadas interpretaciones.

Como primera medida, la Ley 678 de 2001 señala que la acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra de funcionario o exfuncionario público, que como consecuencia de su actuar doloso o gravemente culposo generó la indemnización por parte del Estado, por causar un daño antijurídico.

La acción de repetición tal como lo contempla el espíritu de la norma, radica en conseguir el reembolso de los dineros que el Estado ha tenido que pagar por concepto de indemnización de un daño antijurídico ocasionado a un particular, producto del actuar doloso o gravemente culposo de un funcionario o exfuncionario público o de un particular en cumplimiento de funciones públicas, determinando así la responsabilidad subjetiva del funcionario.

La doctrina al igual que las entidades estatales ha tocado el tema de manera tangencial, dentro de la cual encontramos los estudios adelantados por el Ministerio del Interior y de Justicia, al considerar que la acción de repetición es: “Una acción civil por su naturaleza retributiva de contenido económico y de obligatorio cumplimiento cuando el daño causado, razón de la condena contra el Estado haya sido producto de la conducta dolosa o gravemente culposa de su agente”.

De igual manera, la Corte Constitucional se ha pronunciado frente al tema en sentencia C-778 de 2003, diciendo:

(...) la acción de repetición se define como el medio judicial que la Constitución y la ley le otorgan a la Administración Pública para obtener de sus funcionarios o ex funcionarios el reintegro del monto de la indemnización que ha debido reconocer a los particulares como resultado de una condena de la jurisdicción de lo contencioso administrativo por los daños antijurídicos que les haya causado.

El Consejo de Estado en expediente 16335, no se apartó de los conceptos dados entorno a la repetición, refiriendo lo siguiente:

La acción de repetición es el mecanismo judicial dispuesto por la Constitución, y desarrollado por la ley, para efectos de que el Estado recupere de sus servidores o ex-servidores públicos o de los particulares que cumplen funciones públicas, los dineros que ha pagado en razón de las condenas impuestas a través de una sentencia, acta de conciliación o cualquier otro mecanismo alternativo de solución de conflictos, a efectos de resarcir los daños antijurídicos que le han sido imputados. (2008)

Es claro, que la acción de repetición ha pretendido ser un medio por el cual el Estado logre recuperar las sumas económicas que han salido de sus arcas, con motivo del inadecuado o negativo cumplimiento de las funciones encomendadas a los funcionarios de la administración. En tal sentido, atendiendo los preceptos constitucionales y legales, el Estado, a través de sus entidades descentralizadas, debe adelantar los análisis pertinentes para que luego de un estudio riguroso y detenido, se determine sí, el tipo de conducta cometida se enmarca dentro de los parámetros exigidos por la ley para dar trámite a la acción de repetición contra el funcionario que corresponda.

Pero, es claro que si realmente existiera una política definida en la cual se tuviera como propósito la concientización de los servidores públicos sobre la importancia de su actividad dentro de la administración, de la prestación de los diferentes servicios públicos y las consecuencias nocivas de su incumplimiento, permitirían que el Estado no fuera demandado y condenado con tanta frecuencia como se presenta actualmente.

CONCEPTO DE DOLO Y CULPA EN LA ACCIÓN DE REPETICIÓN

Es importante tener en cuenta que el desarrollo jurídico colombiano ha permitido que la rama del derecho administrativo desde hace varios años, busque de manera rápida e integral una independencia dentro de las normas que lo regulan, como consecuencia de su conocido génesis y remisión al derecho civil. Debido a la ausencia de una normatividad clara que pudiera regular las actuaciones entre el mismo Estado, y el Estado y los particula-

res, se debió acudir a las normas de derecho civil, con el fin de dar solución a las controversias suscitadas entre estos sujetos.

Hoy por hoy, todas las controversias donde se vea involucrado el Estado está regulado integralmente por la legislación administrativa, donde, desde el pasado 2 de julio entró en vigencia la Ley 1437 de 2011, que reemplaza el anterior código contencioso-administrativo Decreto 01 de 1984. Ahora, la acción de repetición de conformidad con la Ley 678 de 2001, establece una serie de presunciones, que de acuerdo con el objetivo planteado por el legislador, sirven como criterios de aplicación dentro del juicio de responsabilidad que cursa en contra del funcionario o exfuncionario público.

Es claro, que para tener en cuenta las presunciones legales de dolo y culpa grave, es necesario que previamente existan dos situaciones:

- i) Que se haya generado una condena en contra de la entidad pública a la cual pertenece el funcionario, que se haya decidido la responsabilidad del funcionario a través del llamamiento en garantía o que se haya generado el perjuicio patrimonial del Estado a través de conciliación o cualesquiera otro medio de resolución de conflictos y,
- ii) Que se haya realizado el pago efectivo de la condena en contra de la entidad. Cualquiera de las anteriores situaciones permitiría que se analicen las presunciones legales establecidas por la Ley 678 de 2001, de tal forma que coadyuven a la labor del operador jurídico en la determinación de la posible conducta lesiva desplegada por el funcionario a título de dolo o culpa grave.

El tránsito legislativo del Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso-Administrativo) y la expedición de la Ley 678 de 2001, determina elementos importantes dentro del trámite de las acciones de repetición en contra de funcionarios o exfuncionarios públicos, en cuanto a la conducta dolosa o gravemente culposa del agente estatal, en vigencia del decreto no se establecen presunciones de dolo o culpa grave, por el contrario, es deber de las entidades públicas probar la conducta que a su juicio es constitutiva a título de dolo o de culpa grave.

Situación diferente en vigencia de la Ley 678 que regula la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos, donde se establece en la norma, tanto los aspectos sustanciales como procedimentales y los cuales facilitan en gran manera a los aplicadores jurídicos y a las entidades públicas en la calificación de la conducta del funcionario como reprochable y merecedora de la instauración de la acción pertinente.

El legislador al establecer en la Ley 678 de 2001, las presunciones de dolo y culpa grave, facilitó el trámite administrativo de los funcionarios de las entidades públicas condenadas, que en vigencia de lo dispuesto por el Decreto 01 de 1984, debían analizar las conductas sin ayuda de ninguna presunción que permitiera guiar la determinación de reprochable o aceptable de una conducta.

Las altas cortes, en especial el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, han asumido una posición activa frente al análisis que debe adelantarse en cuanto a las acciones de repetición y la conducta desplegada por sus agentes, generando la participación de instituciones gubernamentales como el Ministerio del Interior y de Justicia, donde este último ha señalado que a pesar de la existencia de 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 (Villate, M. & López, G., 2011). En términos del Ministerio del Interior, en cuanto a las presunciones legales se señala que:

No obstante respecto de los presupuestos de culpa grave o dolo establecidos por la ley, es importante aclarar que estas presunciones son simples hipótesis de responsabilidad de los funcionarios, pues pueden darse muchos más casos, que si bien no se encuentran taxativamente señalados en la ley, pueden conllevar a que el estado pueda ser condenado por daño antijurídico donde el agente actuó con culpa grave o dolo. (Ministerio del Interior)

Observamos que en la aplicación de la norma se desconoce esta aclaración, teniendo en cuenta que en virtud de las presunciones de dolo y culpa grave, las entidades públicas se han limitado a evaluar la conducta de sus funcionarios en el estricto sentido de lo dispuesto por la norma, dejando de lado la posibilidad de efectuar una valoración subjetiva más extensa que permita determinar la verdadera intención del funcionario con la actuación u omisión que generó dicha condena en contra de la entidad estatal y además que deberá acudir a lo regulado en materia civil de manera subsidiaria si es necesario, tal como lo veremos más adelante.

DOLO Y CULPA EN MATERIA CIVIL

Tal como se señaló en lo precedente, históricamente el derecho administrativo ha tenido sus raíces en el derecho civil, pero actualmente propende por mantener su autonomía, para lo cual tenemos el ejemplo de la intención de perfeccionamiento a través de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, nuevo Código Contencioso Administrativo.

En el análisis de los conceptos de dolo y culpa en materia civil, se puede observar que se ha establecido una diferencia entre los términos estipulados en el artículo 63 del Código Civil colombiano, a saber:

Artículo 63. Culpa y dolo. La ley distingue tres especies de culpa o descuido. Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios.

Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es 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.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

Como se puede observar, se divide el concepto de culpa en tres categorías, culpa levisima, culpa leve y por último culpa grave, las cuales deben ser analizadas y adecuadas a la conducta del funcionario si realmente se está discutiendo la actuación a título de culpa. De lo contrario, en caso de evidenciarse que la actuación de desplego a título de dolo, no habría lugar a discutir otras categorías.

Además de lo anterior, es importante resaltar que a pesar de la importancia de los conceptos establecidos por la legislación civil, no siempre las conductas de los funcionarios se ajustan a lo allí contenido. En tal sentido, es necesario que los juristas y los operadores jurídicos, dentro del análisis subjetivo de la conducta, además de las presunciones legales, es importante tener en cuenta las funciones propias del cargo del funcionario, de conformidad con lo establecido en los artículos 6 y 122, 123 y 124 constitucional. En el mismo sentido el Consejo de Estado se ha manifestado en estos mismos términos, señalando que:

“Constitucionalmente, la fuente directa de la acción de repetición se fundamenta en esta norma, la cual establece las características básicas para su procedencia. Pero, además, se debe tener en cuenta que existen otras disposiciones de igual rango normativo, que regulan la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos y, por tanto, sus postulados adquieren relevancia al interponer la acción de repetición, más aún, al momento de calificar subjetivamente la conducta del agente estatal. Bajo este entendido, el artículo 6° de la Constitución expresa: Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.....”

En el mismo sentido, el Consejo de Estado en expediente 16.335 de 2008 sostuvo:

En consideración a lo anterior, la Sala⁸² ha explicado que, para establecer la responsabilidad personal de los agentes o ex agentes estatales, el análisis de sus actuaciones dolosas o gravemente culposas comporta necesariamente el estudio de las funciones a su cargo y, si respecto de ellas, se presentó un incumplimiento grave. Igualmente, se requiere establecer si dicho incumplimiento fue debido a una actuación consciente y voluntaria del agente, es decir, con conocimiento de la irregularidad de su comportamiento y con la intención de producir las consecuencias nocivas - actuación dolosa -, o si al actuar, pudo prever la irregularidad en la que incurriría y el daño que podría ocasionar, y aun así no lo hizo, o confió en poder evitarlo -actuación culposa-.

En este orden de ideas, no por el hecho que la conducta del funcionario no se encuentre dentro de las presunciones de la Ley 678, permite deducir que el funcionario no actuó con dolo o culpa grave, pues es allí donde el papel del jurista y el juez reviste de real importancia, en razón a su conocimiento jurídico y experiencia en el campo del derecho y que deberán verse materializadas en el análisis detenido y juicioso de la conducta para definir la verdadera consecuencia jurídica a la que debe imponer, debido al actuar inadecuado del funcionario, confrontado con las disposiciones constitucionales y funciones propias del servicio.

Por último, el desarrollo pretoriano que ha tenido el derecho civil, ha permitido obtener grandes avances que se han mantenido en el tiempo y han permitido la resolución de diferentes controversias en materia civil como administrativa; pero es importante que representantes legales y jurídicos de las diferentes entidades del Estado, conozcan a profundidad las implicaciones de las leyes que deben ser acatadas por las mismas, de tal forma que se evite que el patrimonio público se vea resquebrajado por la ineptitud de algunos juristas al servicio del Estado.

82 Sentencia que dictó la Sección Tercera el 27 de noviembre de 2006. Exp: 23.049. Actor: Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana "INURBE". Demandado: Gabriel Jaime Giraldo Gaviria. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

DOLO Y CULPA EN MATERIA PENAL

Dentro del análisis jurídico del concepto de dolo y culpa en materia penal, es importante hacer referencia a la calidad de servidores públicos que la misma ley penal colombiana establece a través de la Ley 599 de 2000, y que pueden ser destinatarios de sanciones de tipo penal. Además permite ayudar al operador jurídico en el análisis de las conductas típicas y antijurídicas y sobre las cuales recae una condena, elemento que puede contribuir a la definición de la conducta en la que presuntamente pudo actuar el funcionario generador del daño.

De igual forma, el artículo 21 y subsiguientes de la misma ley, establecen las modalidades en que puede actuar el infractor de un bien jurídico tutelado:

Artículo 21. Modalidades de la conducta punible. La conducta es dolosa, culposa o preterintencional. La culpa y la preterintención solo son punibles en los casos expresamente señalados por la ley.

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.

Artículo 24. La conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente.

Sin duda la concepción que se presenta en uno y otro caso, respecto a la legislación civil y penal, cuentan con elementos coincidentes en la descripción normativa, pero que implica o tiene como consecuencia una valoración jurídica distinta.

A manera de ejemplo se presenta un caso dentro de los delitos que se cometen en una modalidad dolosa y culposa, donde el legislador establece una consecuencia evidentemente diferenciada una frente a la otra. El código

penal, Ley 599 de 2000 en su artículo 103 establece el homicidio, dentro de los delitos contra la vida y la integridad personal, el cual puede presentarse de diferentes maneras y donde se ve afectado el derecho a la vida del ser humano. “Artículo 103. Homicidio. El que matare a otro, incurrirá en prisión de trece (13) a veinticinco (25) años”.

El tipo penal de homicidio, se presenta en la modalidad de dolo, pues la norma señala “el que matare a otro” incurrirá en una pena de 13 a 25 años de prisión, no está diciendo, el que con culpa matare, pues se exige el elemento volitivo del actor para poder materializarse o el pleno conocimiento de la ilicitud del acto con el cual cuenta el actor que despliega tal conducta.

Es así que la Ley 599 de 2000 considera que la conducta es dolosa “cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización o cuando la realización ha sido prevista como probable”, indudablemente que está haciendo referencia a aspectos de orden naturalísimo de orden subjetivo (Galán, H. 2009), tal como el tipo penal ejemplificado.

Por otro lado, la misma ley establece el delito de homicidio a título de culpa, en su artículo 109, señalando:

HOMICIDIO CULPOSO. El que por culpa matare a otro, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses y multa de veinte y seis punto sesenta y seis (26.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Frente a este tipo penal es claro que el elemento fundamental de la conducta del sujeto activo se materializa en la “culpa”, el propósito del ejemplo es identificar la sanción diferenciada de la modalidad en la que se presenta la conducta. En el primer caso por una conducta dolosa, el legislador estableció una sanción individualizada en la privación al ejercicio del derecho a la libertad por un período comprendido entre los 13 y los 25 años, con lo cual se busca castigar de manera drástica al actor del delito, agravada por la presencia del elemento volitivo, la intención positiva de generar el daño al otro.

A contrario sensu, la sanción o condena prevista para el delito de homicidio

en la modalidad de culpa, establece una consecuencia menos gravosa para el actor del delito, teniendo en cuenta que para este caso, la finalidad de la conducta no está enfocada a la afectación de un bien jurídicamente tutelado, como es el derecho a la vida en el ejemplo planteado, pero que a pesar de ello, la consecuencia se materializa con la muerte de un tercero.

No se discute la consecuencia última de la conducta, la cual es demostrada con la privación al derecho a la vida de la víctima; sin embargo, a pesar de no configurarse el dolo, se castiga a manera de culpa. En este caso, la condena esta prevista, como la privación a la libertad por un término comprendido entre 2 años, 8 meses y 9 años, tiempo que comparado con el impuesto a un sujeto que decide arrebatarse el derecho a la vida de manera directa y mal intencionada, es decir con dolo, es mucho menor y comprensible, en virtud de la diferencia en el comportamiento asumido en uno y otro caso.

Como se puede observar, si la Ley 678 de 2001 estableciera un criterio diferenciador entre las consecuencias de la conducta desplegada por el servidor público que dio lugar a la declaratoria de responsabilidad del Estado, no permitiría que los jueces dieran una misma valoración a dos conductas que son jurídicamente distintas.

ESTADÍSTICAS

Luego de un análisis estrictamente jurídico en cuanto al concepto y diferenciación de las conductas dolosas o gravemente culposas dentro de los procesos adelantados en acciones de repetición, en acciones civiles y en acciones de carácter penal, es necesario confrontarlo con la realidad existente, particularmente en los despachos de los jueces administrativos del circuito de Tunja, donde se intentó adelantar un diálogo crítico constructivo, que realimente la labor académica con la práctica.

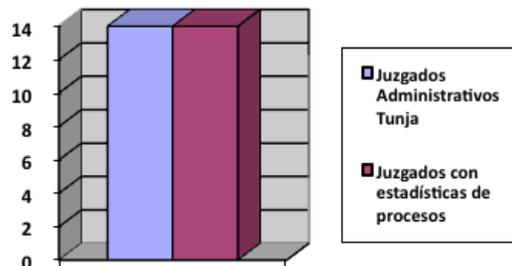
Dentro de los planes de análisis de campo, se diseñó una encuesta en la que pudiera hacerse relación del número de procesos que cursan en los diferentes despachos, indistintamente del tipo de proceso, de tal forma que se pueda contar con una información total, luego con esta información observar cuántos de ellos corresponden a acciones de repetición; cuántos de estos

han sido fallados en los últimos tres años y si en ellos se ha presentado dolo o culpa grave del funcionario, dando lugar a la correspondiente condena.

La encuesta presenta una serie de preguntas sencillas y cerradas, donde se facilitó la repuesta rápida de la información. Solo dos de las preguntas se formularon de manera abierta, con lo cual se buscó obtener un concepto jurídico personal de los jueces cuando se ven abocados a la solución de procesos de repetición y si dentro del análisis jurídico adelantado consideran a juicio personal dos de los elementos más importantes para definir la responsabilidad y condena de un funcionario público.

Luego de recogida la información a través de las encuestas, podemos observar que del 100 % de los jueces administrativos de la ciudad de Tunja, el 50 % cuenta con estadísticas del número de procesos que cursan en sus despacho sin contar con la discriminación de cada tipo de procesos que se adelantan en la jurisdicción administrativa. Cada uno de ellos además de las estadísticas del total de procesos, cuentan con la estadística de los procesos que cursan en las diferentes áreas, es decir, acciones de nulidad, acciones de nulidad y restablecimiento, acción de reparación directa, entre otras, pero que para el objeto de nuestro estudio no son relevantes.

Juzgados Administrativos Tunja = 14
Juzgados con estadísticas de procesos = 7



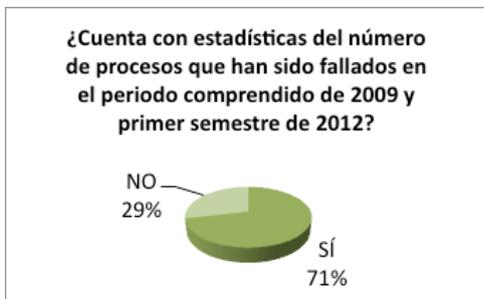
Lo anterior es resultado de las encuestas que fueron recogidas en los despachos que gentilmente prestaron su colaboración y que además invirtieron

tiempo valioso de sus despachos, para hacer un significativo aporte a la academia. Desafortunadamente en los demás no fue posible obtener información alguna.

La anterior información, se obtuvo gracias a que cada uno de los despachos debe reportar estadísticas de las metas logradas, una vez cumplidos periodos de tres meses, lo cual daría como resultado la presentación de 4 reportes de estadísticas anuales.

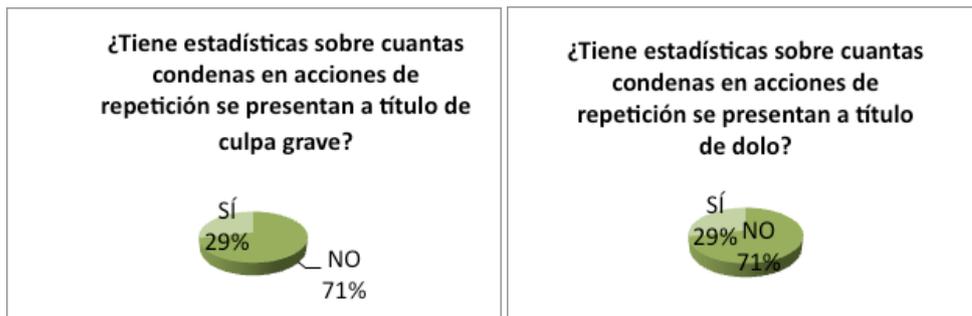
Entrando en materia, respecto al número de acciones de repetición que cursan en los despachos administrativos, se presenta un promedio de 3 acciones de repetición por juzgado, con lo cual se demuestra la omisión de las entidades públicas para iniciar las acciones de repetición en contra de los funcionarios que por su conducta dolosa o gravemente culposa han dado lugar a la reparación patrimonial de particulares, o inclusive dejaría en entredicho la función ejercida por los comités de conciliación o los representantes legales de la entidades dentro de su análisis de procedencia de las acciones de repetición, en su obligación de cumplir con lo dispuesto en el Decreto 1214 de 2000, modificado por el Decreto 1716 de 2009.

Tal como se mencionó, las estadísticas que los despachos deben realizar trimestralmente, contribuyeron a la información que se está suministrando, pero desafortunadamente, no se cuenta con un consolidado total por años que permita tener un resultado generalizado por parte de los juzgados, en cuanto a los fallos emitidos en su totalidad dentro del período que se pretendió estudiar. Por este motivo se respondió que sí tienen estadísticas, mas no se suministró la información de cuántas se fallaron en los años relacionados.



De igual forma se observa que ninguno de los juzgados cuenta con estadísticas de cuántas de las acciones de repetición falladas se presentan a título de dolo y cuántas a título de culpa grave, lo cual no constituye una sorpresa, en virtud de la congestión judicial que se presentan en estos despachos.

Además, la exigencia de esta información sería demasiado dispendiosa para los jueces más aun cuando se ven abocados al cumplimiento de metas exigidas por el Consejo Superior de la Judicatura. Pero a pesar de ello, se encontró que algunos despachos respondieron positivamente a la pregunta, pero donde la misma da como resultado cero (0), esto quiere decir que: i) O no han condenado a nadie en acción de repetición o ii) no han fallado las acciones que cursan en sus despachos. Veamos entonces gráficamente cómo se dieron las respuestas.



Tal como se mencionó, dentro de la encuesta se formularon dos preguntas que, para mayor claridad, se presentan a continuación:

1. *¿Hace o considera usted que debe hacerse una distinción al momento de imponer la condena, cuando el funcionario o exfuncionario público incurre en una conducta dolosa o una conducta gravemente culposa? Explique.*

Esta pregunta está enfocada a determinar si el juez considera la conducta del funcionario al momento de imponer la condena, es decir, si valora que pudo la conducta presentarse a título de culpa levísima, culpa leve, culpa grave o dolo, y dependiendo de aquella que se configure, generará una determinada

sanción o exoneración si fuere el caso. En tal sentido, se obtuvieron varias respuestas por parte de los jueces, manifestando que es necesaria la consideración de la conducta teniendo en cuenta que es determinante dentro de la decisión que se va a adoptar, ya sea para condenar o para exonerar. Igualmente, consideran que indudablemente la conducta es determinante al momento de imponer la condena, pues a pesar de que la norma establece que debe probarse una de las dos conductas, no sería lógico condenar de la misma manera una actuación dolosa que una actuación gravemente culposa.

Así como lo anterior es considerado por algunos despachos, por otra parte se refieren a que el análisis es irrelevante al momento de imponer la condena, solo es útil para determinar el comportamiento del funcionario y así dar cabal cumplimiento a lo dispuesto por la ley.

2. ¿Hace o considera usted que debe hacerse una distinción en los efectos de la condena, cuando el funcionario o exfuncionario público incurre en una conducta dolosa o una conducta gravemente culposa? Explique

Frente a esta pregunta, algunos de los jueces no se pronunciaron, ni realizaron comentario alguno que pudiera justificar la omisión de respuesta. Situación diferente observada por otros despachos, los cuales consideraron la distinción en los efectos de la condena, pues a consideración de uno de los despachos no es relevante desde la perspectiva normativa, pues la consecuencia jurídica establecida es de carácter patrimonial y no existe una graduación al momento de imponer la sanción (indemnización (en términos de la respuesta)), pues considera que el fundamento de la repetición se da en virtud de la prueba de la presencia de la responsabilidad del funcionario, ya sea a título de dolo o culpa grave, independientemente de la diferencia conceptual que se pueda presentar entre las dos conductas.

Igualmente, se dice que la norma no diferencia la consecuencia jurídica de la conducta, ya sea dolosa o gravemente culposa pues lo que, a consideración de algunos jueces, lo que realmente interesa es que se presente una de las dos conductas indistintamente de cualquiera que sea. La suscrita considera que el legislador se quedó corto al momento de hacer claridad en la

manera en que debe resolverse los casos en los cuales se presente uno u otro comportamiento, pues en razón al análisis jurídico que se realizó desde la comparación de los conceptos, tanto en el campo civil como penal, es claro que cada uno de ellos posee unas características propias que los hacen diferentes y por consiguiente implican la imposición de una condena o sanción mucha más gravosa en uno y otro caso.

CONCLUSIONES

En el desarrollo del tema, se ha intentado hacer un barrido rápido desde la responsabilidad de los funcionarios públicos, hablando de la acción de repetición, enfocando la atención en las conductas dolosas y gravemente culposas, como uno de los requisitos de procedencia de las acciones de repetición o del llamamiento en garantía que se tramita de manera simultánea dentro del proceso de responsabilidad que cursa en contra de la entidad pública a la que pertenece el funcionario.

En tal sentido, hemos evidenciado la diferenciación que de conformidad con la legislación civil y penal, debe existir dentro de los procesos de acción de repetición cuando el funcionario despliega una conducta dolosa o una conducta culposa. A pesar de que en algunos casos la configuración de una conducta gravemente culposa en materia civil, pueda asimilarse al dolo, debe tenerse en cuenta que una y otra son comportamientos distintos que ameritan tratamiento diferente cuando al momento de imponer una condena se refiere.

La anterior situación, aunado a lo visto en el desarrollo de la investigación, consolida con mayor propiedad la propuesta que a juicio de la suscrita merece una vital atención por parte de diferentes actores de la administración, los operadores jurídicos en la rama judicial y al legislativo, pues existe un vacío jurídico en la norma que a consideración personal no puede dejar pasar desapercibido, 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 en la búsqueda de recuperar los dineros públicos perdidos a través de condenas en contra del Estado.

De esta manera, la propuesta exhorta al legislativo y a toda la comunidad de juristas a estudiar la posibilidad de plantear algunos conceptos mínimos para identificación de un dolo administrativo y una culpa administrativa, pues como ya se refirió en lo precedente, la conducta que puede desplegar un servidor público es muy distinta a la que un particular puede realizar, pues de conformidad con la Constitución, aquel está obligado a cumplir con lo que la constitución y la ley le ordenan, situación muy diferente a la del particular, quien tiene la posibilidad de actuar y realizar las conductas que ni la ley, ni la constitución le prohíban. Lo anterior constituye una disposición determinante para poder darle un tratamiento distinto a cada una de las conductas, donde la calidad del sujeto activo de la acción es de relevancia jurídica.

El servidor público está supeditado al imperio de la ley, situación que le implica cumplir en estricto sentido las funciones que le fueron encomendadas, mas no las que deben ser acatadas, a juicio individual del agente. Es pues un tema interesante, de análisis detenido y juicioso, donde la práctica jurídica ha demostrado que no solo existen vacíos o yerros en este aspecto, sino en otros más que podrán ser objeto de análisis en posteriores investigaciones.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Colombia, Congreso de la República. (1991). *Constitución Política de Colombia*.
- Colombia, Congreso de la República. Ley 599 de 2000. Código Penal Colombiano.
- Gil Botero, E. (2010). *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, Bogotá, Edición Cuarta.
- Ministerio del Interior y de Justicia. (s.f.). *Cartilla Instructiva Acción de Repetición y Llamamiento en Garantía*.
- Galán Castellanos, H. (2009). *Teoría del delito. Módulo de Aprendizaje*

Autodirigido Plan de Formación de la Rama Judicial. Escuela de formación Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Medicus, D. (1995). *Tratado de las Relaciones Obligatorias*. Edic. Española de Ángel Martínez Sarrión. VI. I. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A.

Villate Barrera, M. A. & López Jiménez, G. L. (2011). *Comités de conciliación y procedencia de las acciones de repetición* (Tesis de Grado, Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja).

JURISPRUDENCIALES

- Colombia, Consejo de Estado. Sección Tercera, Expediente 16.335 de 2008.
- Colombia, Consejo de Estado. Sección Tercera, Expediente 16.335 de 2008.
- Colombia, Consejo de Estado. Sección Tercera, Expediente 23.049 de 2006.
- Colombia, Consejo de Estado. Sección Tercera, Expediente 26.708 de 2007.
- Colombia, Consejo de Estado. Sección Tercera, Expediente 26.708 de 1999.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-619 de 2002.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-778 de 2003.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-563 de 1998.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-893 de 2003.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-372 de 2002.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-965 de 2003.