

GERMAN RODOLFO GOMEZ RODRÍGUEZ

**LA OCURRENCIA DE LA VÍA DE HECHO, UN CRITERIO AUTÓNOMO
PARA PREDICAR LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO
COLOMBIANO**

**(Maestría en Responsabilidad Contractual y Extracontractual, Civil y del
Estado)**

Bogotá D.C., Colombia

2019

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y
EXTRACONTRACTUAL, CIVIL Y DEL ESTADO**

Rector: Dr. Juan Carlos Henao Pérez

Secretaria General: Dra. Martha Hineirosa Rey

**Director Departamento
Derecho Civil:** Dr. Felipe Navia

Director de Tesis: Dr. German Lozano Villegas

Presidente de Tesis: Dr. Felipe Navia

Examinadores: Dra. Mónica Safar Díaz
Dra. Milena González Arango

A mi familia, que con apoyo y comprensión han permitido que alcance una meta más en vida, la cual no es un logro solamente mío, sino que es de todos ellos, por cuanto son la razón de mi existir.

CONTENIDO

<u>INTRODUCCIÓN</u>	5
<u>1. LAS VÍAS DE HECHO</u>	8
<u>1.1. LAS VÍAS DE HECHO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA</u>	16
<u>1.2. LA RELACIÓN ENTRE LAS VÍAS DE HECHO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES</u>	32
<u>1.3. CRITERIOS DOCTRINARIOS SOBRE LAS VIAS DE HECHO (EXPERIENCIAS INTERNACIONALES)</u>	41
<u>1.3.1. CHILE</u>	41
<u>1.3.2. FRANCIA</u>	42
<u>1.3.3. ESPAÑA</u>	44
<u>2. DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA</u>	48
<u>2.1. EL DAÑO ANTIJURIDICO COMO FACTOR DETERMINANTE EN EL ESTABLECIMIENTO DE LAS IMPLACIONES RESARCITORIAS QUE CONLLEVA LA OCURRENCIA DE VIAS DE HECHO</u>	64
<u>3. LA VIA DE HECHO COMO CRITERIO AUTONOMO, PARA QUE SE PREDIQUE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN CABEZA DEL ESTADO</u>	75
<u>CONCLUSIÓN</u>	84
<u>BIBLIOGRAFÍA</u>	87

INTRODUCCIÓN

En el medio colombiano el concepto vías de hecho, ha tenido un desarrollo enmarcado principalmente por la actividad judicial llevada a cabo por la denominada jurisdicción constitucional, la cual determinó el alcance del concepto y las diversas manifestaciones en que este puede materializarse, hilvanando a través de diversos pronunciamientos las consecuencias fácticas y jurídicas que de tal institución pueden predicarse en el medio jurídico colombiano.

Pese a la existencia del referido desarrollo jurisprudencial, los pronunciamientos que le integran, no se han detenido a contemplar de manera puntual y prolija la temática de los efectos jurídicos patrimoniales que la ocurrencia de las vías de hecho puede generar en materia de responsabilidad administrativa. La normativa vigente sobre el particular se limita a referir los criterios generales que sobre la responsabilidad administrativa se han establecido por la doctrina y la jurisprudencia, con lo cual no se tiene en cuenta los pormenores que en tales vías se generan.

En el presente escrito, se hace referencia a este aspecto en particular, resaltando la aplicabilidad que frente a las consecuencias de la ocurrencia de estas vías, tiene lo normado en el artículo 90 de la Constitución Política y la teoría general de la responsabilidad patrimonial que prima en nuestro medio, pero mediando los criterios teóricos y facticos que son predicables en razón a la naturaleza de las vías de hecho.

En pro de alcanzar tal propósito, se aborda como eje central de la presente disertación conceptual a las vías de hecho, que tienen origen en el accionar de las autoridades judiciales; ello en razón a que las que tiene su origen en el proceder de las autoridades de carácter administrativo, no han sido objeto de una profunda valoración por parte del juez constitucional, en razón a que cuando

estas se **originan**, quien se ve afectado con ello, cuenta con los mecanismos de protección establecidos por la jurisdicción contenciosa administrativa.

En virtud de lo anterior, necesariamente proceder a hacer referencia a una serie de pronunciamientos jurisprudenciales de carácter constitucional, en los cuales se ahonda en el efecto que tiene la ocurrencia de una vía de hecho, en especial el desconocimiento que implícitamente tiene de los postulados contenidos en la Carta Política. **Como para efectos de la presente investigación el origen de estas vías se enmarca en el proceder del juez, se hace necesario analizar tal situación** bajo una mirada más profunda que la utilizada tradicionalmente por la teoría de la responsabilidad administrativa, en la cual se le aborda **principalmente** desde los **criterios** establecidos para **abordar** el error judicial o la falla del servicio.

Este llamado a la implementación de una valoración diferencial a los contenidos **teóricos** tradicionales, se gesta, en razón a que en algunos casos, el actuar del juez, por el cual se configuro la vía de hecho, no es consecuencia de su querer caprichoso o por un proceder enmarcado en la ignorancia funcional **o el error judicial**, sino que **contrario a ello el proceder que da origen a la vía de hecho** tiene origen en el cumplimiento de mandatos normativos que pese a que se puedan entender anacrónicos le son vinculantes, o por el contenido de líneas jurisprudenciales que a tiempo presente están enmarcadas en instituciones **fácticas** o jurídicas obsoletas para el tratamiento de las realidades cada vez más complejas.

Bajo esta realidad, los criterios con los que tradicionalmente se ha tratado la temática de la responsabilidad patrimonial de carácter administrativo, derivada de la ocurrencia de una vía de hecho, tratada bajo las ya referidas formulas del error judicial o la falla del servicio, presentarían una impropiedad conceptual, que demanda por que se establezcan criterios jurídico-teóricos autónomos, con los

cuales **abordar** la temática de la responsabilidad patrimonial del Estado, derivada de la ocurrencia de las denominadas vías de hecho.

Este argumento presenta pertenencia, en razón a que en la **multiplicidad** de pronunciamientos jurisprudenciales que han determinado la ocurrencia de una vía de hecho, en poco o nada se hace referencia a las implicaciones que en materia de responsabilidad patrimonial puede generar su simple ocurrencia, lo cual como ya se ha indicado, **demandando que se realice** un ejercicio intelectual mayor, que la simple aplicación de los criterios con que ordinariamente se trata el denominado error judicial, o la falla en el servicio, constituyéndose así el problema jurídico que se aborda en las páginas que integran esta investigación.

Para alcanzar el propósito buscado, se considera pertinente hacer referencia a la naturaleza y alcance de los criterios teóricos que en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado se han erigido en nuestro medio, haciendo énfasis en los postulados que los doctrinantes y la jurisprudencia constitucional han señalado, **por cuanto estos necesariamente se tienen que referir cuando se esbozen los criterios de pertinencia necesarios para constituir a la vías de hecho como un criterio de responsabilidad patrimonial autónomo.**

El ejercicio intelectual pretendido, permitirá dilucidar que las formulas e instituciones que en la actualidad se han configurado para el tratamiento de la responsabilidad patrimonial del Estado, **enfocadas en la determinación** de las consecuencias patrimoniales generadas por la ocurrencia de una vía de hecho, las cuales a tiempo presente se abordan desde una perspectiva teórica restringida e insuficiente, con la cual no es posible abordar la multiplicidad de aspectos que se encierran, cuando se pretende el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial a cargo del Estado, como consecuencia de una vía de hecho.

La labor pretendida demanda por la utilización al menos dos estructuras metodológicas claramente definidas, por cuanto, en la aproximación al tema planteado se acude a los postulados propios de la denominada metodología analítica, a partir de la cual, se gesta el análisis de las instituciones jurídicas y en especial de los precedentes jurisprudenciales relevantes para la materia tratada.

A este primer ejercicio, se suman criterios pertenecientes a posturas metodológicas comprometidas con posiciones hermenéuticas, que abogan por que se geste una interpretación a fondo de las instituciones jurídica y realidades fácticas en valoración, ello necesariamente involucra el repaso de algunas de las instituciones que integran el derecho **contencioso administrativo** y constitucional contemporáneo. Lo anterior no es óbice para que en ciertos apartes del escrito, se aborden algunos aspectos desde la perspectiva que brinda la metodología crítica y/o fenomenológica, en razón a la mismidad de la temática estudiada.

El generar una conjunción entre el estudio de las vías de hecho y la responsabilidad patrimonial en cabeza del Estado, **permite que se edifiquen desde la perspectiva teórica a la vía de hecho como un título de responsabilidad autónomo**, esto acompañado con la edificación de unas conclusiones originales en la materia a partir de las cuales se multi-dimensiona la visión que ordinariamente se tiene sobre el particular.

1. LAS VÍAS DE HECHO.

Para alcanzar **el objetivo trazado** con la presente investigación, se considera pertinente iniciar explorando teóricamente el concepto de vía de hecho, el cual en nuestro medio parte de una premisa básica sobre el particular que se refiere a la naturaleza abierta del concepto, por cuanto contrario a lo que ocurre

comúnmente cuando se aborda una institución de naturaleza jurídica, que bastaría con que se repase su definición básica en un diccionario jurídico o cualquier texto de dogmática jurídica, al buscar la definición del concepto de vías de hecho, encontramos que el mismo se encuentra diseminado **en diversos textos, en especial a lo largo de una extensa línea jurisprudencial constitucional, y en una serie de referencias doctrinarias cuya conjunción limitan el sentido conceptual de la institución valorada.**

En razón a tal realidad conceptual, es pertinente indicar que en un primer momento la jurisprudencia constitucional ha propendido por dimensionar el alcance de este concepto, como algo más que una simple afrenta a un deber funcional predicable de un servidor público, o como un desconocimiento del **contenido conceptual del** debido proceso. Elementos que indiscutiblemente hacen parte de tal concepto, pero que no circunscriben, ni limitan, su definición material.

Es válido que se afirme que las vías de hecho, se han edificado como una **entidad que cuenta con** significación práctica que sobre dimensiona los criterios enciclopédicos que sobre el particular se han formalizado, ello **en razón a** que la ocurrencia de tales vías, llega a considerarse en nuestro medio, como una afrenta al pleno del ordenamiento constitucional y a las garantías brindadas por este a las personas en general.

La evolución conceptual brindada por la jurisprudencia constitucional al concepto de vía de hecho, no debe entenderse como un desconocimiento de los criterios básicos que ordinariamente se integran a este concepto, por lo cual se considera pertinente proceder a realizar una referencia puntual a **los elementos que componen el concepto de vía de hecho, en el ámbito judicial colombiano.**

Al igual que lo que ocurre con la fenomenología hegeliana, en la cual las cosas se conocen por las manifestaciones que de ellas se pueden percibir, más que por lo que son propiamente¹, la Corte Constitucional pretendió esclarecer el concepto de vía de hecho a partir de las manifestaciones que de este concepto pueden observarse, partiendo de la descripción de los criterios de su conformación, señala la autoridad constitucional, sobre la particular:

“(...) La jurisprudencia, desarrollando el concepto de la vía de hecho, ha destacado que únicamente se configura sobre la base de una ostensible transgresión del ordenamiento jurídico, lo cual repercute en que, distorsionado el sentido del proceso, las garantías constitucionales de quienes son afectados por la determinación judicial -que entonces pierde la intangibilidad que le es propia- encuentren en el amparo la única fórmula orientada a realizar, en su caso, el concepto material de la justicia. Por supuesto, tal posibilidad de tutela no es regla general sino excepción, y los jueces ante quienes se solicita están obligados a examinar de manera rigurosa el caso para no desvirtuar los principios de autonomía funcional de la jurisdicción y de la cosa juzgada. (...)”²

Llama la atención que el pronunciamiento en referencia se proyecta más hacia la determinación y alcance del medio normativo para su conjuración, por lo cual demarca el papel que compete a la acción de tutela para superar las consecuencias nefastas de la vía de hecho, pese a ello la sentencia en cita demarca un aspecto fundamental en la construcción del concepto de vía de hecho, y es el relacionado con la transgresión del ordenamiento jurídico, la afecta

¹ Al respecto puede consultarse la obra de NICOLA Ubaldo, “Atlas Universal de Filosofía” en “Hegel” Editorial Océano, Barcelona España, 2002, pág. 905 a 917.

² Corte Constitucional sentencia T -555 de 1999.

a las garantías constitucionales, que se derivasen de un proceder lesivo del operador judicial.

Al brindarse cuerpo a la anterior manifestación jurisprudencial, se logra entender que el eje de pertinencia y acción de los medios de control judicial con los que son tratadas las vías de hecho, se corresponde con la acción de tutela, la cual desde la perspectiva constitucional, tiene como eje funcional la materialización de la protección de los derechos fundamentales, trayendo al escenario conceptual en construcción la prelación que han de tener los denominados derechos fundamentales.

Esa relación que se denota existe entre el concepto de vía de hecho y la prevalencia los derechos fundamentales, hace pertinente y necesario que se repare sucintamente en el concepto de derecho fundamental y en el de garantía constitucional, a fin de demarcar la importancia que estos tienen, cuando se aborda el estudio de la temática de las vías de hecho y la consecuente responsabilidad patrimonial en cabeza del Estado; para estos efectos se acude a los planteamientos de Luis Prieto Sanchis³, quien al valorar las tesis expresadas por Ferrajoli, al edificar su teoría, denominada el *Garantismo* constitucional, en la cual se establece una serie de conceptos que se considera pertinente destacar en razón a la influencia que estos tienen al edificarse conceptualmente la vía de hecho.

Señala el autor en comentario que una de las facetas principales del constitucionalismo actual (al menos en las sociedades que nos hemos erigido como un Estado social de derecho, las cuales se encuentran en marcadas en los criterios propios de las democracias constitucionales) lo integra la formulación

³PRIETO SANCHIS Luis, “*Constitucionalismo y Garantismo*” en “*Garantismo*”, Edición de CARBONELL Miguel y otro, Editorial Trotta, Madrid, 2009, pág. 41 a 75.

de “*técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos reconocidos constitucionalmente*”⁴, de tal afirmación se permite generar una premisa de indiscutible pertinencia para el tema tratado, expresada en los siguientes términos:

*“(…) el Estado constitucional de derecho expresa la fórmula política del garantismo, el único marco institucional en el que puede prosperar el ambicioso programa garantista. Un programa cuyo elemento medular consiste en una concepción instrumental de las instituciones al servicio de los derechos que solo puede alcanzarse desde el Estado constitucional; solo este modelo político incorpora un riguroso principio de estricta legalidad, que supone el sometimiento del poder no únicamente a los límites formales, sino también a los límites sustanciales impuestos por los principios y derechos fundamentales. (…)”*⁵

Como se observa esta visión que es propia del Estado constitucional contemporáneo, a la cual Colombia no es ajena, denota como la prevalencia de los derechos fundamentales considerados individual o colectivamente, representan la garantía constitucional fundante por la cual la institucionalidad establecida en la Carta Política de 1991, propende responder, sin que sea dable el que se arguya razones formales o procedimentales que puedan hacerles nugatorios, es decir que el principio de estricta legalidad, más que rendir un ritualismo vinculante a las formas, busca constituir una garantía reforzada que se brinda a los derechos inherentes de las personas que se ven avocadas como sujetos procesales al interior de una actuación judicial., siendo este el sentido anverso de la significación que se ha de brindar a la vía de hecho.

⁴ Ibídem, pág. 41.

⁵ Ibídem, pág. 42.

A partir de los criterios anteriores se logra dimensionar el concepto de vía de hecho, como el desconocimiento de los postulados y garantías constitucionales que tienen origen (al menos en el caso que nos ocupa) en el desarrollo de una actuación judicial. Esta definición se encuentra en concordancia con planteamientos de tratadistas como Javier Tamayo Jaramillo, para quien; “(...) *la responsabilidad ... no se trata de ningún perjuicio causado antijurídicamente, sino de un perjuicio anti jurídico en sí mismo... se desvincula de la licitud o ilicitud de la actuación de la que se deriva la lesión, con lo que se hace capaz de abarcar la totalidad de supuestos de responsabilidad posibles...(...)*”⁶, afirmación que se potencializa desde la perspectiva constitucional, cuando se entiende que las vías de hecho generadas en una actuación judicial, siempre han de tener inmersa una afectación a un derecho fundamental.

Se delinea aún con más precisión la relación existente entre el concepto derecho fundamental, y la vía de hecho, cuando se repasa la obra de Carlos Bernal Pulido, el indica que estos derechos tienen una naturaleza específica, en la cual el aspecto subjetivo, es decir aquello que es propio a la persona, adquiere una dimensión universal, cuando se normatiza y se le blinda con coercitividad y obligatoriedad que caracteriza al sistema constitucional, *lo cual no le desliga del criterio personalísimo enunciado primariamente, y por lo cal cualquier afectación que sobre ellos se llegase a generar debe solventarse a través de los medios de control constitucional, tal como ocurre cuando se presenta una vía de hecho,* señala el autor en referencia que:

“(...) El concepto de derechos fundamentales es una especie del género derechos jurídicos subjetivos. En este sentido, los derechos fundamentales son derechos jurídicos subjetivos cuya diferencia

⁶ TAMAYO JARAMILLO Javier, “*La responsabilidad del Estado*”, Editorial Dike, Bogotá, 2018, pag.35.

*específica estriba en su carácter fundamental. La formulación de un concepto de derechos fundamentales debe pasar, por tanto, en primer lugar, por una comprensión del concepto de derechos jurídicos subjetivos y, en segundo lugar, de la fundamentalidad, es decir, de aquellas propiedades específicas del carácter de derecho fundamental. (...)*⁷

Esta primacía de los derechos fundamentales y su relación directa con las vías de hecho será objeto de una reflexión más profunda en el numeral que precede, por el momento vale destacar que la proyección conceptual de las vías de hecho, que se ha edificada en los pronunciamientos jurisprudenciales parten de la visión de derecho fundamental y de garantías que de este se derivan enunciadas en el párrafo anterior, lo cual permitirá continuar delineando con mayor precisión el concepto de vía de hecho.

Los postulados relativos a los derechos fundamentales y las garantías constitucionales referidos brevemente en las líneas que han antecedido, permitieron que la jurisprudencia constitucional, poco a poco brinde una matización de las diversas formas en que pueden presentarse afectaciones a estos derechos, en actuaciones judiciales, especialmente con la ocurrencia de las denominadas vías de hecho a manera de ejemplo se pueden enunciar las sentencias T-231 de 1994 y T-470 de 1994, en las que se trata ampliamente la temática relativa al juez frente a la vía de hecho. La sentencia T-1351 de 1994, en la que se discutió el tema de las vías de hecho generadas por el proceder de un particular.

⁷ BERNAL PULIDO Carlos, *“Los Derechos Fundamentales en La jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación”*, Editado por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México 2009, publicado en la página web, file:///C:/Users/decm/Desktop/08_Carlos%20Bernal.pdf, consultada el 1 de diciembre de 2018.

Así mismo se pueden consultar las sentencias T-327 de 1994 y T-173 de 1999, en las que se establecieron los requisitos para la configuración de una vía de hecho, por otra parte en las sentencias T-204 de 1998, T-460 de 1998, T-567 de 1998, se disertó acerca de los defectos que pueden presentarse en una actuación judicial para la configuración de las mencionadas vías de hecho.

En el texto de *Jairo Ramos Acevedo*, titulado “*La vía de hecho, una nueva herramienta para impugnar los actos administrativos*”⁸, se destaca la existencia de tres momentos perfectamente determinables al interior de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en los cuales tal corporación ha formalizado el estudio y desarrollo conceptual de la institución de las vías de hecho.

En el primero de tales momentos se trató la configuración conceptual y material de la vía de hecho, en el segundo, se ahondo en el accionar del Tribunal Constitucional, **el cual se caracterizó** por el intento de zanjar las disputas generadas entre esta y las demás Altas Cortes, en lo que respecta al acatamiento de pronunciamientos judiciales proferidos por la autoridad constitucional. **La cual ha entendido que la forma de evitar la materialización de las vías de hecho radica en un ejercicio de mediación entre la obligación de protección los derechos fundamentales y el ejercicio de interpretación del juez, quien al momento de proferir sus decisiones, debe partir de la premisa básica de protección de los derechos fundamentales a fin de proscribir la ocurrencia de tales vías.**

En un tercer momento jurisprudencial, podría decirse que se plantea el regreso a los criterios que desde sus primeros pronunciamientos determinó la Corte

⁸ RAMOS ACEVEDO Jairo, “*La vía de hecho una nueva herramienta para impugnar actos administrativos*”, publicado en la Revista Misión Jurídica, Revista de Derecho y Ciencias Sociales, Numero 12 año 2017, enero –junio, página web www.revistamisionjuridica.com, pág. 297 a 309, consultada el 28 de julio de 2018.

Constitucional, cuando abordo la temática de las vías de hecho, los cuales pueden condensarse en una regla general sobre el particular, contentiva en que la acción de tutela contra providencias judiciales, solo es procedente en casos excepcionales⁹, cuando con ella se pretenden colegir vulneraciones o amenazas a los derechos fundamentales, estableciendo unos requisitos taxativos de procedibilidad¹⁰.

Bajo estos postulados conceptuales la jurisprudencia constitucional ha demarcado la existencia y consecuente comprensión teórica y práctica de las vías de hecho, como una institución de naturaleza jurídica que es contraria al ordenamiento constitucional y más que a éste, con los derechos que son propios a las personas individualmente consideradas en situaciones determinadas que compete valorar en un primer momento al juez de instancia respectivo, pero que de no hacerlo brindan el escenario para que se geste la actuación del juez constitucional sobre el particular, con el fin de lograr la primacía de los derecho en juego.

1.1. LAS VÍAS DE HECHO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA.

Como bien se enuncio, en las líneas que han precedido al presente numeral, el concepto de vía de hecho en nuestro medio, surge a partir de las disertaciones

⁹ Corte Constitucional colombiana Sentencia T-328 de 2005.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del siete (7) de julio de dos mil dieciséis (2016) radicación número: 11001-03-15-000-2016-01504-00(ac), “(...) *En el presente asunto, concretamente de las pruebas allegadas al expediente, se evidencia que: a) La cuestión que se discute tiene relevancia constitucional, b) Se agotaron los medios ordinarios de defensa judicial existentes, c) La tutela se interpuso dentro de un término razonable, y d) Dentro del escrito de tutela se expresaron de manera clara los hechos y argumentos que llevan a la Entidad actora a atacar por esta vía la Providencia judicial, proferida dentro de una acción de cumplimiento. Por lo anterior, la Sala encuentra superados los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela y, en consecuencia, sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, procederá a efectuar el estudio del fondo del asunto planteado.(...)*”.

que la Corte Constitucional esgrimió al decidir distintas acciones de tutela en las que se presentaban afectaciones a derechos fundamentales ocasionadas por la actuación irregular de la administración judicial.

En razón a ello, es pertinente a continuación proceder a referir aquellos aspectos de la jurisprudencia constitucional que permiten visionar la dimensión brindada a este concepto, lo cual concomitantemente ha de demarcar, la forma en que jurídicamente se trata la configuración de tales vías.

A fin de brindar una visión estructurada del concepto buscado, se estima pertinente partir de la referencia y valoración de algunos de los pronunciamientos, en los que se trató el tema de los requisitos que se estiman necesarios, para que se entienda que se está frente a una vía de hecho, al respecto en la sentencia T-327 de 1994, se indicó:

“(...) Que la conducta del agente carezca de fundamento legal; Que la acción obedezca a la voluntad subjetiva de quien desempeña la autoridad judicial; Que tenga como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales, de manera grave e inminente; Que no exista otra vía de defensa judicial, o que, existiendo, se interponga la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o que el examen particular que realice el juez de tutela verifique que la otra vía, en cuanto a su eficacia, no es la más adecuada para la protección inmediata del derecho fundamental violado o amenazado.(...)”¹¹

La referencia anterior, demarca la necesaria relación que existe entre la configuración de una vía de hechos y la afectación a los derechos que se han de entender como fundamentales, aspecto en que se ahondará en el siguiente

¹¹ Corte Constitucional colombiana sentencia T-327 de 1994.

numeral, por el momento nos basta con indicar, que tal afectación integran el núcleo duro del concepto “vías de hecho”, en esta cita se indica que su causa génesis no puede ser otra que la afectación que genera la voluntad, el accionar del agente judicial, quien exclusivamente con su proceder brinda la causa eficiente para la ocurrencia de la mentada afectación.

Pero una premisa tan general, llevó a que la misma Corte Constitucional, delineara de manera precisa, cuáles eran los elementos constitutivos de estas vías, por cuanto una enunciación simple de los criterios para su configuración podría llevar a que se considerara que la generación de las vías de hecho, en razón a la multiplicidad de perspectivas y razones en las que puede tener origen, se entendiese como una afectación o cortapisa al normal ejercicio de la función jurisdiccional por parte de Estado.

La posible descontextualización del sistema jurídico y la afectación al principio de la cosa juzgada, demandaba por que se establecieran como requisito sine qua non, para la edificación de las mentadas vías, la existencia material de criterios de inminencia de daño y gravedad insalvables que al formalizarse hacen nugatorios los derechos fundamentales de un sujeto determinado. Por ello la Corte termina por afirmar que:

“(...) No toda vía de hecho reúne las características necesarias para incoar la acción referida, porque, para que sea viable requiere no sólo que se afecte un derecho fundamental, sino que además se presente cierta gravedad e inminencia en la vulneración o amenaza. Se entiende que la gravedad debe predicarse tanto de la violación del orden legal, como del daño que le causa a la persona afectada, lo cual justifica la acción inmediata por parte del Estado para que no continúe o se produzca tal efecto ilícito. La inminencia ha de entenderse como la

*evidente probabilidad de una consecuencia negativa e ilícita producida por la actuación judicial. (...)*¹²

Esta premisa funcional no corresponde a un pronunciamiento aislado, sino que a lo largo de la prolija producción jurisprudencial de la corte constitucional, otros pronunciamientos se han orientado no solamente a demarcar su pertenencia, sino a ahondar en su rigurosidad, muestro de ello la integra la sentencia T-173 de 1999, con la cual se establece el listado de requisitos básicos que se deben chequear, si se pretende hablar de la ocurrencia de una vía de hecho.

En otro eslabón de la jurisprudencia constitucional, en específico en la sentencia T- 231 de 1994, la Corte Constitucional, se propone esclarecer la temática relativa al proceder del juez, al encontrarse ante una vía de hecho, señalando sobre el particular:

“(...) La vía de hecho predicable de una determinada acción u omisión de un juez, no obstante poder ser impugnada como nulidad absoluta, es una suerte de vicio más radical aún en cuanto que el titular del órgano se desliga por entero del imperio de la ley. Si la jurisdicción y la consiguiente atribución de poder a los diferentes jueces, se hace con miras a la aplicación del derecho a las situaciones concretas y a través de los cauces que la ley determina, una modalidad de ejercicio de esta potestad que discurra ostensiblemente al margen de la ley, de los hechos que resulten probados o con abierta preterición de los trámites y procedimientos establecidos, no podrá imputarse al órgano ni sus resultados tomarse como vinculantes, habida cuenta de la

¹² *Ibídem.*

"malversación" de la competencia y de la manifiesta actuación ultra o extra vires de su titular.(...)"¹³

Este panorama se perfila aún más cuando en la sentencia T- 470 de 1994, se concretiza el mentado deber del juez, quien actuando como autoridad constitucional debe solventar las falencias que causan las vías de hecho, buscando el restablecimiento de los derechos de quienes se vieron afectados con su ocurrencia, sobre el particular indico la Corte:

"(...) La acción de tutela se dirige contra una providencia judicial, ejecutoriada y en firme, debe precisar la Sala de Revisión, que tan sólo es viable el amparo solicitado si se logra comprobar que la decisión judicial emanada del Tribunal contiene un fundamento arbitrario, caprichoso o abusivo, por el cual se haya violado un derecho fundamental de una persona: es decir, cuando hay lugar a las denominadas vías de hecho. Ello ocurre en el evento en que la conducta del agente carece de fundamento objetivo y obedece, contrario sensu, a su sola voluntad: su consecuencia es la violación de los derechos fundamentales de las personas. (...) En los eventos en los que se está en presencia de una vía de hecho, el juez de tutela debe limitar su análisis a determinar las arbitrariedades en que haya podido incurrir el funcionario judicial que adopta una decisión dentro del respectivo proceso en forma ilegal y según su capricho o ignorando deliberadamente las formalidades propias del mismo.(...)"¹⁴

Como puede observarse del texto en referencia, el accionar del juez ante las vías de hecho depreca porque se parta del análisis minucioso de los actos arbitrarios

¹³ Corte Constitucional colombiana sentencia T-231 de 1994.

¹⁴ Corte Constitucional colombiana sentencia T- 470 de 1994.

que dan origen a tal vía, así como de la determinación de la magnitud de la afectación que estos genera a los derechos individuales de las personas involucradas en tal hecho.

La Corte Constitucional, teniendo presente que las vías de hecho, puede tener origen en diversos aspectos predicables del proceder del juez, se vio ante la tarea de proferir sendas sentencias en las que se le particularizan las principales actuaciones que pueden dar origen a estas vías, a manera de ejemplo se puede citar la ya comentada sentencia T – 231 de 1994 y en la sentencia T-246 de 2015, en estas se pormenoriza la temática relativa a los defectos que pueden predicarse de una actuación judicial, que pueden llevar a la configuración de las vías de hecho.

Indica el primero de los proveídos en referencia que el actuar del operador judicial puede encontrarse:

“(...) abultadamente deformado respecto del postulado en la norma - se traduce en la utilización de un poder concedido al juez por el ordenamiento para un fin no previsto en la disposición (defecto sustantivo), o en el ejercicio de la atribución por un órgano que no es su titular (defecto orgánico), o en la aplicación del derecho sin contar con el apoyo de los hechos determinantes del supuesto legal (defecto fáctico), o en la actuación por fuera del procedimiento establecido (defecto procedimental), esta sustancial carencia de poder o de desviación del otorgado por la ley, como reveladores de una manifiesta desconexión entre la voluntad del ordenamiento y la del funcionario judicial, aparejará su descalificación como acto judicial.(...)”¹⁵

¹⁵ Corte Constitucional colombiana sentencia T-246 de 2015.

Uno de los tratadistas que más ha abordado la temática de las vías de hecho, desde la perspectiva constitucional, en el medio colombiano es *Manuel Fernando Quinche Ramírez*, él logra edificar un concepto sobre este particular a partir de la jurisprudencia que valora en su obra, proceso que arroja la siguiente resultante:

“(…) acerca de lo que es una vía de hecho constitucional, han sido afirmadas ya bastante cosas. Se ha dicho es el resultado de una cierta actuación en sede de tutela, que permite proteger los derechos fundamentales y muy especialmente el derecho al debido proceso. Se ha afirmado también que es una declaración que hace constitucional de tutela, cuando encuentre que una providencia judicial, especialmente una sentencia, ha vulnerado derechos fundamentales. En torno al mismo tema también se dijo que había vía de hecho cuando el funcionario, al violar el derecho fundamental, actuaba fuera del poder que ostentaba por su calidad de funcionario público. Pero por sobre todo lo anterior, se defendió la tesis según la cual, la vía de hecho constitucional es una teoría construida por la Corte Constitucional, por la vía de la jurisprudencia sobre tutela, que debe cumplir la tarea de defender los derechos fundamentales, cuando quiera que estos aparezcan violados en virtud de una providencia o de una sentencia judicial... (…)”¹⁶

A esta visión doctrinaria, edificada en razón a la evolución de la jurisprudencia, es necesario sumar los criterios que a tiempo presente rigen la pertinencia de acciones de tutela contra sentencias judiciales, cuando estas constituyen per se una vía de hecho en sí misma. Los cuales responde a los postulados teóricos

¹⁶ QUINCHE RAMÍREZ Manuel Fernando, “*Vías de hecho*”, Editorial Doctrina y Ley, Bogotá, 2007.

que se han venido señalando, pero que en razón de un ejercicio de claridad conceptual, se pormenorizan por la Corte Constitucional, al señalar las causales generales de procedibilidad de tales acciones, condensados en seis elementos y ocho causales propiamente tal, a saber¹⁷:

En cuanto a los elementos estos son; 1. La relevancia constitucional del asunto tratado, 2. El agotamiento de todos medios ordinarios y extraordinarios de defensa, 3. La inmediatez, 4. Que verse sobre una irregularidad procesal, 5. La identificación de los hechos, derechos fundamentales afectados y la respectiva alegación de ello en la instancia correspondiente, 6. Que no se trate del ejercicio de una acción de tutela contra un fallo de tutela.

En cuanto a las mentadas causales, la primera se relaciona con el denominado defecto orgánico, abordado en la sentencia T-008 de 1998, se enuncia en dicho pronunciamiento que esta situación se presenta cuando el funcionario carece de competencia en forma absoluta, para tratar una temática específica.

La segunda causal se demarca con claridad en las sentencias T-328 de 2005, T-333 de 2006, T-726 de 2010, T-191 de 2009, entendiéndose como un defecto procedimental absoluto que puede tener origen en la ocurrencia de un auto archivo de las demandas de tutela, tal como ocurrió en la Corte Suprema, en donde los procesos ejecutivos hipotecarios con crédito del sistema UPAC, se tramitaron en plena discordancia con el precedente constitucional.

La tercera causal a la que se hace referencia, se puede denominar como defecto fáctico, este se esbozó en la sentencia T-102 de 2006, determina la Corte que este defecto se genera cuando al examinar la decisión juez carece de apoyo

¹⁷ Criterio tomado del texto, “*La vía de hecho una nueva herramienta para impugnar actos administrativos*”, Op. Cit. pag.304.

probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que pretende solventarse.

Con la cuarta causal, se pretende colegir los aspectos que tengan origen en cuestiones relacionadas con defectos materiales o sustantivos, que se generen en la aplicación de una norma evidentemente inaplicable en cuanto al caso concreto, en las sentencias T-008 de 1998, T-087 de 2007, T-436 de 2009, se perfila esta causal estableciendo las siguientes premisas básicas al respecto; la acción de tutela procede cuando la sentencia se funda en norma inaplicable, por haber perdido vigencia o por fundarse en norma declarada inconstitucional, lo mismo ocurre cuando los criterios usados por el juez, no tienen aplicación en el caso tratado, y al gestarse un grave error en la interpretación de la norma aplicada.

El defecto sustantivo también se gesta por insuficiente sustentación o justificación, así como por el desconocimiento del precedente jurisprudencial y/o la no aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, cuando haya violación manifiesta de la Carta Política, cuando esta medida de aplicación forzosa.

La quinta casual a presentar, se refiere al error inducido, trabajado en las sentencias T-407 de 2001 y C-590 de 2005, cuando al funcionario judicial se induce en error por el accionar o la omisión de un servidor público o de un particular.

La sexta causal se integra por una decisión judicial sin motivación, trabajado principalmente por las sentencias T-462 de 2003 y la C-171 de 2006, demarcando dos acepciones en particular frente a este ítem, relativas a la decisión judicial sin justificación y a la utilización de argumentación contradictoria.

La séptima causal, ya se había enunciado en parte como manifestación de algunas de las causales anteriormente señaladas, se trata del desconocimiento del precedente, este se desarrolla entre otros pronunciamientos jurisprudenciales por las sentencias C-590 de 2005, C-862 de 2006, T-292 de 2006, T-838 de 2007 y T-109 de 2009, en los mentados pronunciamientos se establecieron cuatro formas de desconocimiento del precedente, a saber:

Cuando se da aplicación de disposiciones legales que han sido declaradas inexequibles o cuando se aplican disposiciones legales cuyo contenido normativo ha sido encontrado contrario a la Carta fundamental, cuando la sentencia es contraria a la ratio decidendi de sentencias de constitucionalidad, así como, cuando las providencias son contrarias con el alcance de los derechos fundamentales que ha fijado la Corte Constitucional en sus proveídos.

Finalmente la octava causal, la constituye la violación directa de la Constitución y se trabaja en las sentencias T-522 de 2001, T-492 de 2003, C-590 de 2005, en esta se podría incluir el general de las causales anteriormente descritas, por cuanto es aquí, en donde se incluyen todas aquellas actuaciones contenidas en un fallo judicial que pudiesen desconocer los criterios que se integran en nuestra Carta Política, así como los lineamientos que la jurisprudencia ha establecido al proteger el contenido de estos derechos.

Con base en lo anterior, tal como se ha venido describiendo, las vías de hecho edificadas jurídicamente en nuestro medio a través de la jurisprudencia constitucional, proferida casi que en exclusividad al resolver acciones de tutela, proyectadas sobre las diversas temáticas que se encierran en la ocurrencia de tales vías, dejando claro que la vía de hecho, puede ser constituida por cualquier afectación a los derechos fundamentales de las personas que se genere en el proceder de una autoridad judicial.

El Consejo de Estado, no es ajeno a los criterios que ha señalado la Corte Constitucional, con respecto a las vías de hecho en las sentencias previamente referidas, por lo cual en proveído correspondiente al radicado N.º 11001-03-15-000-2012-01403-01, enfatizó la temática de la precedencia de la acción de tutela, como mecanismo para colegir los efectos y afecciones a los derechos fundamentales que se generan con ocasión de la ocurrencia de una vía de hecho, señala sobre este asunto en particular que:

“(…) En el caso concreto se aprecian los siguientes elementos que permiten fundamentar el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia: (i) En cuanto a la relevancia constitucional de la controversia, se observa la posible afectación de los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad. (ii) En lo relativo a que el accionante haya hecho uso de todos los mecanismos procesales disponibles, se tiene que se agotó el recurso de apelación ante el Tribunal Administrativo de Antioquia. (iii) En lo concerniente al requisito de la inmediatez, consta en el expediente que la sentencia de segunda instancia proferida el 28 de mayo de 2012 fue notificada por edicto el 1 de junio de 2012. Teniendo en cuenta que la acción de tutela fue interpuesta el 3 de agosto del mismo año, puede concluirse que su presentación cumplió con el requisito de inmediatez. (iv) En cuanto a que exista una irregularidad procesal que tenga un efecto decisivo en la sentencia objeto de controversia, los demandantes sostienen que el Tribunal Administrativo de Antioquia se inhibió respecto de las pretensiones del señor Patiño Benjumea cuando debió haber fallado de fondo, y sostienen que las decisiones del Tribunal respecto de las demás demandantes obedecieron a un exceso ritual manifiesto lo cual conllevó al rechazo de las pretensiones de las mismas. En consecuencia, también se cumple con este requisito. (v) Se exige igualmente que quien solicita el amparo identifique los hechos que

generaron la vulneración y los derechos afectados, además, que hubiere alegado tal vulneración dentro del proceso judicial, siempre que ello hubiere sido posible. La lectura de la demanda permite apreciar que también se cumple este requisito, pues no se trata de acusaciones vagas, sino de cargos formulados con la claridad suficiente para satisfacer esta exigencia. (vi) Se requiere que no se trate de sentencias de tutela. Como no es el caso, también se cumple con este requisito.(...)"¹⁸

La estructuración de una visión jurisprudencial tan concreta, ha llevado a los miembros de la jurisdicción contenciosa administrativa a determinar qué aspectos, han de sumarse a los tradicionalmente observados, y se han de entender como la principal causa, para la configuración de las vías de hecho, en cuanto a las decisiones judiciales se refiere, señalando que:

"(...) Teniendo en cuenta los cargos formulados en la demanda, el análisis se circunscribe a la siguiente causal: la configuración de un defecto procedimental. Frente a este punto se deben estudiar los siguientes temas: (i) Capacidad para ser parte. La capacidad para ser parte la tiene toda persona que exista e incluso el que está por nacer, sea ésta de derecho privado o público, capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones. En consecuencia, la capacidad para ser parte se manifiesta en la aptitud para que una persona sea titular de derechos, facultades y obligaciones que surjan como consecuencia del proceso. Tratándose de la capacidad para ser parte de las personas naturales, ésta se agota con la muerte de la persona. La capacidad es un elemento procesal determinante para el nacimiento de la relación jurídico procesal que se produce cuando se traba la litis, toda vez que, sin la presencia de este elemento no puede haber un pronunciamiento de mérito. (ii)

¹⁸ Consejo de Estado, sentencia N.º 11001-03-15-000-2012-01403-01

Legitimación en la causa. En cuanto a la legitimación en la causa debe decirse que se han identificado dos tipos: La primera es la legitimación en la causa de hecho, la cual hace referencia a la relación procesal que nace después de presentar la demanda y la notificación del auto admisorio de la misma. Es a través de la legitimación en la causa de hecho que se faculta a los sujetos procesales para intervenir en el trámite que resolverá el litigio. La segunda es la legitimación en la causa material, esta legitimación supone la conexión entre las partes y los hechos que dieron lugar al conflicto, ya sea porque resultaron perjudicadas por el acontecimiento de éstos o porque dieron lugar a la producción del daño. Cuando no se logra probar legitimación en la causa de hecho las pretensiones formuladas estarán llamadas a fracasar, toda vez que el demandante carecería de un interés jurídico lesionado y apto para ser resarcido o por el otro lado, el demandado no estaría en la obligación de reparar los perjuicios. Quien se crea legitimado en la causa material no solo tiene la carga de acreditar dicho interés, sino que también tiene la carga de demostrar los hechos que le sirven como fundamento a sus pretensiones. Si no lo hace, obtendrá como respuesta la negación de las mismas. (iii) Fallos inhibitorios. En algún momento, el Consejo de Estado sostuvo que ante la inexistencia de algún presupuesto procesal se abría la puerta a un fallo inhibitorio. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha indicado que los fallos inhibitorios tienen que evitarse en la medida de lo posible, con el fin de no incurrir en denegación injustificada de justicia. Por ello, se ha entendido que los presupuestos procesales son unas condiciones necesarias para que la relación jurídico procesal sea generada válidamente, lo cual a su vez permitirá que el juez pueda decidir sobre el mérito del litigio. Esos presupuestos han sido identificados como la demanda en forma, la competencia y jurisdicción del juez, la capacidad para ser parte y la capacidad procesal. En algún momento se sostuvo

que la inexistencia de cualquiera de los presupuestos procesales referido indicaba la necesidad de un fallo inhibitorio, pero actualmente se considera que en aras de evitar denegación injustificada de justicia, debe efectuarse una interpretación restrictiva de qué supuestos habilitan al juez para dictar una sentencia inhibitoria. En este sentido, se ha afirmado que una causa justa para inhibirse es la ausencia del presupuesto procesal de capacidad para ser parte.(...)"¹⁹

A los anteriores criterios se suma otra disertación que realiza el máximo tribuna delo contencioso administrativo con la cual demarca que el proceder del judicial que puede llevar a la configuración de vías de hecho puede predicar bien se sea por la ocurrencia de lo que se ha denominado como un defecto faltico o por un defecto sustantivo, ambos igual de nocivos para la primacía de los derechos fundamentales cuando se ha generado una vía de hecho, en el proceder del juez, observe la magnitud de tales instituciones en la siguiente cita de la jurisprudencia del Consejo de Estado.

"(...) incurrió en una vía de hecho por desconocimiento del precedente jurisprudencial, proferido por el Consejo de Estado, y la Corte Constitucional, por cuanto en situaciones fácticas similares, se ha decidido positivamente las pretensiones de la acción. No obstante, advierte la Sala la posible configuración de los defectos fáctico y sustantivo, sobre los cuales pasará a referirse a continuación. 3.1. Defecto fáctico. En lo que tiene que ver con el defecto fáctico, ha dicho la Corte Constitucional que se refiere a un vicio relacionado con la práctica o valoración de las pruebas. Se han identificado dos dimensiones en las que se presentan defectos fácticos: (i) Una dimensión positiva, que se presenta generalmente cuando el juzgador

¹⁹ Ibidem.

aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada, que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas y al hacerlo el fallador desconoce la Constitución. (ii) Una dimensión negativa, que ocurre cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa, u omite su valoración y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez. De igual forma, ha resaltado la Corte Constitucional que el error fáctico en su dimensión negativa emerge por omisión cuando el juzgador se abstiene de decretar pruebas, lo que trae como consecuencia «impedir la debida conducción al proceso de ciertos hechos que resultan indispensables para la solución del asunto jurídico debatido»²⁰; por no valoración del acervo probatorio, cuando el juzgador omite considerar pruebas que obran en el expediente bien sea porque «no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión respectiva, y en el caso concreto resulta evidente que de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido variaría sustancialmente²¹»; y por valoración defectuosa del material probatorio cuando o bien «el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; o cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva²²» dando paso a un defecto fáctico por no excluir o valorar una prueba obtenida de manera ilícita. En todos los eventos

²⁰ Sentencia SU – 132 de 2002.

²¹ Sentencia T-814 de 1999.

²² *Ibídem*.

mencionados sobreviene una falta de congruencia entre lo probado y lo resuelto; pues o bien se abstiene el juzgador de confirmar la existencia de un hecho que está probado o da por probado un hecho sin estarlo o valora una prueba obtenida de manera ilícita y con fundamento en lo anterior adopta su decisión. 3.2. Defecto sustantivo. En relación con este defecto, el Tribunal Constitucional ha precisado que una providencia judicial adolece de defecto sustantivo cuando: (i) la norma aplicable al caso es claramente inadvertida o no tenida en cuenta por la autoridad judicial²³, (ii) el juez apoya su decisión en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto²⁴, bien sea, porque ha sido derogada y ya no produce ningún efecto en el ordenamiento jurídico, es claramente inconstitucional y el funcionario se abstuvo de aplicar la excepción de inconstitucionalidad, su aplicación al caso concreto es inconstitucional²⁵, ha sido declarada inexecutable por la propia Corte Constitucional²⁶ o, a pesar de estar vigente y ser constitucional, no se adecua a la circunstancia fáctica a la cual se aplicó²⁷; (iii) el fallador desconoce las sentencias con efectos erga omnes tanto de la jurisdicción constitucional como de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, finalmente; (iv) la aplicación de la norma jurídica derivada interpretativamente de una disposición normativa, es inaceptable por ser producto de una hermenéutica abiertamente errónea o irrazonable. (...)”²⁸

²³ Cfr. Sentencia T-573 de 1997.

²⁴ Sobre el particular, además de la ya citada sentencia C-231 de 1994 y la sentencia T-008 de 1998 .

²⁵ Cfr. sentencia SU-1722 de 2000. Tal es el caso por ejemplo de todas las decisiones judiciales en las que se viola el principio de “no reformatio in pejus”.

²⁶ Cfr., la sentencia C-984 de 1999.

²⁷ Sentencia SU-159 de 2002.

²⁸ Consejo de Estado, sentencia del 22 de marzo de 2018, expediente 11001-03-115-2018-00282-00 (AC)

Como puede apreciarse las disertaciones jurisprudenciales, que se han referido tocan múltiples aspectos relativos a la materialización de las vías de hecho, demarcando el carácter nocivo que de estas se puede predicar, en cuanto a la no materialización de los derechos de las personas. Pero tan prolija jurisprudencia, no ha abordado siquiera someramente, la temática de la responsabilidad administrativa derivada por la ocurrencia de tales vías, lo cual constituye un campo expedito para el desarrollo del objeto de la presente investigación.

1.2. LA RELACIÓN ENTRE LAS VÍAS DE HECHO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Como bien se indicó, en algunos partes del numeral que precedió, existe una innegable relación entre los derechos fundamentales y la institución de las vías de hecho, es tan así, que la vulneración de los primeros, necesariamente han generar la ocurrencia de la segunda.

Pero el razonamiento algo básico planteado en esos términos, presenta alguna complejidad, cuando se repasa la estructura conceptual y material de los elementos que han de constituir de tales vías, los cuales se refieren a la afectación a los derechos fundamentales, como una consecuencia directa del actuar institucional del agente público, en este caso del juez.

La institución de las vías de hecho, como un medio de negación de los derechos fundamentales, demanda porque se trate tanto su causa, como las consecuencias que de ella pueden predicarse, así como su incidencia en la no materialización de los denominados derechos fundamentales.

Los primeros aspectos referidos ya se han presentado en los numerales anteriores, por lo que en este momento es pertinente destinar algunos reglones

a puntualizar, el concepto de derecho fundamental, el cual asume un papel trascendental para el desarrollo temático de las vías de hecho. Ya se han brindado algunas puntadas en cuanto al significado semántico y material correspondiente a estos derechos, por lo cual se procede a ahondar en este asunto en particular.

Para Bernal Pulido, el concepto derecho fundamental aparte de contar con el componente subjetivo al que ya se hizo referencia, es una expresión que se desarrolló al interior de una de las teorías jurídicas fundantes en nuestro tiempo, como lo es neoconstitucionalismo, por lo que tal concepto se ha visto irradiado por los criterios estructurales de esta visión teórica en la cual se comprende a los derechos fundamentales, como el punto de partida del ordenamiento constitucional mismo, señala el autor sobre este punto en particular:

“(…) El neoconstitucionalismo es una teoría del derecho y del Estado que sitúa a los derechos fundamentales en la cúspide del sistema jurídico y los convierte en la finalidad última del Estado. Como Ronald Dworkin ha advertido, las teorías jurídicas —incluido el neoconstitucionalismo— no tienen solo un propósito explicativo sino que, al dar cuenta de las prácticas sociales, intentan darles una forma compatible con ellas. A pesar de que algunos autores presentan al neoconstitucionalismo como un producto de la «singularidad» del constitucionalismo europeo de la segunda posguerra, en las últimas tres décadas esta teoría ha orientado las prácticas constitucionales en Latinoamérica, y en países de otras regiones —incluidos algunos en donde impera la tradición jurídica anglosajona—. Las características más prominentes del neoconstitucionalismo son la institucionalización

*del constitucionalismo democrático en los textos constitucionales, la iusfundamentalización del derecho... (...)*²⁹

Bajo posturas teóricas, como las señaladas, se ha llegado a considerar que los derechos fundamentales han de constituir el eje sistémico de la estructura constitucional y normativa³⁰, así como de las relaciones entre el Estado y las personas a que este sirve, y de las que se vale para argumentar y justificar su existencia³¹.

Bajo esta base teórica, se han esgrimido postulados que terminan de establecer un concepto casi que universal frente a la significación de los derechos fundamentales, para *Luigui Ferrajoli*, una definición acertada de estos derechos puede ser:

*“(...) son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista así mismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas. (...)*³²

²⁹ BERNAL PULIDO Carlos, “*Constituciones sin constitucionalismo y la desproporción de la proporcionalidad.*”, publicado en los Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional N° 9 de 2017, consultado en la página web <https://dialnet.unirioja.es/autorcodigo=1789604>, el 1 de diciembre de 2018.

³⁰ Al respecto puede consultarse la obra de PECES-BARBA Gregorio, “*La Constitución y los Derechos*”, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.

³¹ Esta tesis se plantea en la obra de FERRAJOLI Luigui, “*Poderes Salvajes*”, Editorial Trotta, Madrid 2006.

³² FERRAJOLI Luigui, “*Los fundamentos de los derechos fundamentales*”, editorial Trotta Madrid 2006, pág. 19.

La visión doctrinaria sobre el particular, no se limita a los postulados de mismidad normativa de los derechos fundamentales, en la obra de *Xabier Arzos Santiesteban*, “*La Concretización y Actualización de los Derechos Fundamentales*”³³, se inicia la disertación sobre estos derechos, demarcando el escenario socio-jurídico en que los mismos tienen origen y vigencia, para tales efectos se señala que el ordenamiento constitucional, entendido como la génesis de los derechos fundamentales, no está integrado por unos mandatos del todo completos, cerrados y taxativos, sino que contrario a ello, el denominado ordenamiento fundamental constituye simplemente una ordenación marco, sobre la cual los derechos pueden formarse, mantenerse o evolucionar de acuerdo con las necesidades individuales y colectivas de las personas en el medio social, esa constante evolutiva de los derechos fundamentales, es presentada por tal autor de la siguiente manera:

“(…) cuestiones importantes han sido encomendadas intencionalmente a la decisión de la mayoría disponible en cada momento histórico y los órganos constitucionales competentes tienen necesariamente amplios márgenes de decisión y actuación... (..) ahora bien la ordenación marco que la constitución impone a los órganos constitucionales no es meramente formal. No está compuesta solo por normas formales de distribución de competencias y de fijación de procedimientos. También incluye normas materiales que establecen objetivos y que limitan a los órganos constitucionales. En particular los derechos fundamentales que constituyen normas materiales que limitan o excluyen el margen de decisión y de actuación de los poderes públicos... (..) la

³³ ARZOS SANTIESTEBAN Xabier, “*La Concretización y Actualización de los Derechos Fundamentales*”, Editorial Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 2014.

*constitución ha instaurado tanto el principio democrático como la vinculación del legislador a los derechos fundamentales... (...)*³⁴

En el escenario que brinda la cita anterior, se entiende que el ordenamiento constitucional es el medio de formación de los derechos fundamentales y al mismo tiempo constituye el límite material para el accionar de los poderes públicos³⁵ e incluso de los particulares mismos³⁶.

Los derechos fundamentales, puede afirmarse, son el único limitante que realmente puede contemplar el ordenamiento constitucional en nuestro tiempo en las naciones que se han erigido a la luz de la fórmula del Estado social de derecho, por cuanto estos son la expresión directa de lo que doctrinariamente se ha entendido como la constitución abierta, o en términos más recientes como un ordenamiento constitucional garantista³⁷, en la cual la interpretación de las

³⁴ “*La Concretización y Actualización de los Derechos Fundamentales*”, Óp. Cit. pág. 28.

³⁵ Planteamiento en concordancia con la siguiente afirmación “(...) *al margen de las características concretas de las constituciones democráticas de la última posguerra mundial, lo verdaderamente importante es el hecho de que en este momento histórico se descubre en su conjunto la supremacía de la constitución, sea como una máxima forma de garantía de los derechos y las libertades, sea como directriz fundamental a observar para la realización de los valores constitucionales... (...)*”, tomado de la obra de FIORAVANTI Maurizio, *Los Derechos Fundamentales, apuntes de historia de las constituciones*, editorial Trotta, Madrid, 2016, pag.123.

³⁶ A manera de ejemplo podría consultarse el artículo 95 de la Constitución Política de Colombia; “(...) *La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; 2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas; 3. Respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales. 4. Defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica; 5. Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país; 6. Propender al logro y mantenimiento de la paz; 7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia; 8. Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano; 9. Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad. (...)*”

³⁷ Al respecto puede consultarse a HEBERLE Peter, “*La Constitución como cultura*”, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014.

pautas normativas que delinear los derechos fundamentales demanda por que el legislador, el tribunal constitucional, el poder judicial y la sociedad misma atiende más que a criterios dogmáticos o cognitivos a las demandas efectivas y a problemas reales, que pormenorizan estos derecho caso a caso³⁸.

El anterior planteamiento se blinda desde la perspectiva histórica, en la obra de *Maurizio Fioravanti*, quien denota la trascendencia de los derechos fundamentales en los ordenamientos constitucionales contemporáneos en gran parte de occidente, delineando el efecto real que de la materialización de estos derechos puede predicarse, señala al respecto:

“(...) en efecto tras la caída de los regímenes totalitarios y la conclusión de la segunda guerra mundial, se considera insuficiente una afirmación solemne, y protegida por la constitución, de los derechos de libertad frente a las posibles prevaricaciones de los poderes públicos; se considera necesario concebir la misma constitución a la vez, y al mismo tiempo, no solo como norma fundamental de garantía, sino también como directriz fundamental a la que deberían conformarse en su actuación, en nombre de los valores constitucionales, todos los sujetos políticamente activos, públicos y privados. En definitiva, la

³⁸ *“(...) el punto de partida de la interpretación en materia de derechos fundamentales se reduce a un número limitado de disposiciones de un tenor literal relativamente sucinto y con un contenido sintético. Si la interpretación consiste, en general, en atribuir significado a un enunciado normativo en relación con los derechos fundamentales persigue específicamente establecer el supuesto de hecho de la disposición constitucional que reconoce el derecho fundamental, es decir, determinar el ámbito constitucionalmente protegido, e identificar y establecer el alcance de las limitaciones previstas en a propia disposición o deducibles de otra disposición del texto constitucional. (...) en la práctica, la interpretación de las disposiciones constitucionales sobre derechos fundamentales no es una operación aséptica y aislada del resto del ordenamiento jurídico. Sea por el legislador o sea por el tribunal constitucional y por el poder judicial, la interpretación de las disposiciones constitucionales sobre derechos fundamentales atiende especialmente a disposiciones jurídicas (o a proyectos de disposiciones jurídicas) sin rango constitucional. La interpretación de la constitución por los citados operadores jurídicos no obedece a un prurito dogmático o cognitivo, sino a demandas efectivas y a problemas reales que se desenvuelven en contextos muy precisos... (...)”, La Concretización y Actualización de los Derechos Fundamentales, Óp.Cit. pag.34-35.*

*constitución, no solo concebida como mecanismo instrumentalmente dirigido a la protección de los derechos, sino también como gran norma directiva, que de manera solidaria constriñe a todos en la tarea dinámica de la realización de los valores constitucionales... (...)*³⁹

En un ejercicio intelectual Arzoz, intenta recoger en parte los diversos criterios que sobre estos derechos se han formulado, demarcando que frente a estos, se gesta un común denominador dado por la indeterminación conceptual, en razón a que estos derechos no responden a una definición unívoca, ello pese, a que para algunos autores estos derechos son lo que taxativamente se han indicado en las cartas constitucionales, lo cierto es que estos derechos emergen a partir de los compromisos generales que la constitución consagra, tal como ocurre con la dignidad de la persona humana⁴⁰.

Antonio Pérez Luño, entiende que la normatización de los derechos fundamentales, se guían por cinco instrumentos distintos a saber:

*“(...) valores superiores del orden jurídico político constitucional...; los principios constitucionales...; cláusulas generales...; normas específicas o casuísticas...; y normas de tutela. (...)”*⁴¹

Como puede apreciarse para tal autor, los derechos fundamentales están ligados a su reconocimiento constitucional y se proyectan bajo diversos escenarios, sin que se conciba un catálogo determinado que **taxativamente** indique cuales son estos derechos **y menos aún su alcance material**, esta realidad constituye una

³⁹ *Los Derechos Fundamentales, apuntes de historia de las constituciones, Óp.. Cit. pag.124.*

⁴⁰ Al respecto pueden consultarse la obras de BARROSO Luis Roberto, “*La dignidad de la persona humana en el derecho constitucional contemporáneo*”, Editorial Universidad Externado de Colombia Bogotá, 2014 y de CRUZ MAHECHA Diego Enrique, “*La dignidad de la persona humana*”, Editorial Académica Española, Berlín, 2017.

⁴¹ “*La Concretización y Actualización de los Derechos Fundamentales*”, Óp. Cit. pág. 28 y 29.

invitación a repasar los criterios presentados por de Luis Prieto Sanchis, para quien el concepto de derecho fundamental se caracteriza por su amplitud, la cual se encuentra circunscrita al reconocimiento que de estos realiza la Carta Constitucional, texto en el cual bien pueden recogerse en forma directa o indirecta a partir de reconocimientos universales como el ya comentado se realizó a la dignidad humana⁴².

Bajo la base teórico-conceptual que se ha presentado en las líneas que han precedido en el presente numeral, es fácil determinar que cuando se gesta una vía de hecho, entendida simple y llanamente, como un hecho generado bien sea por el desconocimiento de las instituciones normativas, o de las garantías y/o derechos propios de una persona, en el desarrollo de una actuación judicial, por parte del servidor público a quien le compete en primer lugar velar, no por la aplicación fría de la norma, sino por la materialización de los derechos y garantías que del ordenamiento constitucional mismo, se predicen como parte del proceso jurisdiccional que le compete adelantar, esto genera una relación de negación entre los derechos fundamentales y las vías de hecho, una afirmación como esta necesita una cierta descripción fáctica a fin de evitar interpretaciones erróneas.

⁴² Planteamiento que es ahondado en el siguiente texto: “(...) lo que nos dice la definición que propongo – que por eso llamo formal o estructural - es, únicamente, cual es la forma o estructura lógica de los derechos que convenimos en llamar fundamentales. Dicha forma o estructura, me parece es precisamente la expresada en su carácter universal, en el sentido de la cuantificación universal de los sujetos que son titulares, identificados, a su vez, por su status jurídico de persona y/o de ciudadano y/o de capaces de obrar. Es, en suma la forma o estructura propia de todas las normas, entendiéndolo el vocablo norma precisamente en el sentido de la regla jurídica general y/o abstracta, así los derechos fundamentales - a diferencia de los derechos patrimoniales previstos por ciertas normas como efectos de los actos negociales contemplados por ellas - , son ellos mismos normas adscriptivas, esto es que adscriben las expectativas en qué consisten a la clase de la personas, los ciudadanos o lo sujetos capaces de obrar. (...)”, FERRAJOLI Luigi, *Derechos Fundamentales en la teoría del Derecho*, en la obra *los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Óp.Cit. pág.143.

La mentada relación de negación, se puede reducir en los siguientes términos; *“cuando se materializan vías de hecho se desconoce desde toda perspectiva los derechos fundamentales de una o de ambas partes intervinientes en un proceso judicial”*.

Podría apreciarse con mayor claridad esta temática de la premisa básica funcional del juez en nuestro medio, cuando se repase en parte la obra de Richard A. Posner, quien al valorar acerca del cómo y el por qué deciden los jueces, establece una conclusión frente a esta temática en particular que se considera pertinente traer a colación a fin de enriquecer el planteamiento presentado, señala Posner:

“(...) alegar que los tribunales cambiaron el balance demasiado rápidamente a favor de los derechos - también que siguen haciendo lo mismo en aquellos casos en los que está de por medio la pena de muerte y los derechos de las personas homosexuales - es una alegación perfectamente razonable, pero es de naturaleza política... (...) hay un argumento mejor, uno pragmático para a autocontención judicial que está basado sencillamente en la renuencia a interferir con los experimentos sociales, pues sin el conocimiento que tales experimentos arrojan las posibilidades de reformas sociales duraderas serían muy escasas... (...)”⁴³

Ese papel de estructurador socio-legal que Posner, describe compete al juez, es el que permite que se profese que su accionar debe alejarse por completo de la configuración de vías de hecho, que implican el desconocimiento de los derechos y garantías con los que se comprometió al momento de asumir este papel angular en la sociedad, siendo ello en parte la razón para que cuando se

⁴³ POSNER A. Richard, *“Cómo deciden los jueces”*, Editorial Marcial Pons, Madrid 2011, pág. 406.

presentan estas vías, como consecuencia de un pronunciamiento judicial, este pueda ser modificado e incluso revocado por el juez constitucional a fin de lograr la eficacia en el reconocimiento de los derechos fundamentales que se han desconocido.

1.3. CRITERIOS DOCTRINARIOS DE DERECHO COMPARADO RELATIVOS A LAS VIAS DE HECHO

En el presente numeral se busca exponer de manera concreta, la forma en que, en distintas latitudes se ha abordado la temática de las vías de hecho. Con lo anterior se propende denotar los ejes comunes que el tratamiento jurídico de tal institución impone al Estado de derecho.

1.3.1. CHILE.

La primera aproximación al derecho comparado en la materia objeto de estudio, la encontramos en el medio jurídico chileno, para ello se acude al texto de *Pedro Irureta Uriarte*⁴⁴, quien esboza la significación que en el medio jurídico de tal país, tienen las vías de hecho, causadas por el proceder de autoridades judiciales, se entienden como:

“(...) La configuración de las vías de hecho, 1. Una conducta indebida, grave y debidamente comprobada, Como es ampliamente sabido, la configuración de las causas disciplinarias establecidas en el art. 160 N° 1 CT exige la concurrencia de una trilogía de requisitos: la conducta debe ser indebida, grave y comprobada. (...) La conducta deja en evidencia su carácter indebido; es decir, para que el acto cuestionado

⁴⁴ IRURETA URIARTE Pedro, “*La configuración jurídica de las vías de hecho como causa del despido disciplinario*”, publicado en la revista IUS ET PRAXIS, año 19, N°2 de 2013, pág. 179 a 206, consultado en la página web www.revistariepraxis.cl/index.php/praxis/article/viewfile/29/24, el día 20 de agosto de 2018.

cumpla con el estándar exigido resulta imprescindible que se trate una conducta no amparada por el iter legal y contractual, y que desde luego no tenga eximentes. (...) La ilicitud, por lo tanto, surge de un desborde del contenido obligacional cuyo núcleo definitorio está conformado por el programa contractual y por el marco normativo. De esta forma, la ejecución de una conducta indebida refleja la vulneración de un deber legal o contractual, sin que exista justificación en algún derecho o sin que se presente una causa que elimine la reprochabilidad a su autor. La comprobación, por su parte, deja al descubierto un estándar mínimo que asegure la acreditación de los hechos fundantes de la causal. (...) Por cierto, las vías de hecho no pueden fundarse en la mera sospecha o en la simple posibilidad: debe existir una fundamentación acabada en la realidad. (...) La gravedad de la conducta, por último, exige que el acto cuestionado sea de “muchas entidad e importancia (...)”⁴⁵

Como puede apreciarse, con la simple lectura del texto en cita, la definición imperante en el medio Chileno, se corresponde en gran parte de sus piezas estructurales con la que se ha presentado para el caso colombiano.

1.3.2. FRANCIA.

Por su parte, en el caso francés en razón a la rígida formalidad que se predica de las instituciones jurídicas en tal medio jurídico, y en especial de aquellas sobre las que se han de regir las relaciones entre la sociedad civil y la estructura judicial que hace parte de la administración estatal, se han logrado considerar a las vías de hecho, como una anomalía del sistema, **que debe colegirse a través de los**

⁴⁵ *Ibidem*, pág. 183.

medios jurídicos necesarios que proscriban tanto su ocurrencia como sus consecuencias⁴⁶.

Así se presenta en el texto de *Ernesto Jinesta Lobo*⁴⁷, quien al valorar la temática de las vías de hecho en algunos sistemas jurídicos de occidente, refiere a la presencia de este fenómeno en el sistema jurídico francés, indica el autor en referencia que:

“(...) Ante los límites estrictos y rígidos que el sistema francés le impuso al Juez ordinario para juzgar a la Administración, la jurisprudencia concibió una válvula de escape para atenuar la severa separación entre autoridad judicial y administrativa (7). Desde esa perspectiva, cuando la actuación administrativa es grosera, espuria o cualificadamente ilegal, por ser disconforme con el ordenamiento jurídico y afectar gravemente el derecho de propiedad o el resto de las libertades esenciales, la Administración Pública pierde sus prerrogativas y con ello su fuero especial quedando sometida a un órgano jurisdiccional, en sentido estricto, y a una normativa diferentes, como si se tratara de otro particular más. En el fondo de esta construcción dogmática francesa, subyace una desconfianza a la "justicia administrativa" impartida por el Consejo de Estado, dada su adscripción a la estructura administrativa, por lo que siempre se pensó que potencial o actualmente podría irrespetar las libertades públicas, aunada a su distancia e inaccesibilidad para el justiciable y a su lentitud. El principio rector que nutre la vía de hecho en el sistema

⁴⁶ Planteamiento esbozado en el texto de *JINESTA Lobo Ernesto*, “La tutela jurisdiccional contra las vías de hecho o las simples actuaciones materiales de la administración pública, la desmitificación del interdicto por vías de hecho”. Publicado en la REVISTA IVTITIA, año 12 N° 136, Abril – Mayo de 1998, pág. 35 a 72, consultada en la página web www.ernestojinesta.com/revista/tutela%20jurisdiccional%20contra%20las%20vias%20de%20la%20administracion%20publica.pdf.

⁴⁷ibídem.

*jurídico francés consiste en que el juez ordinario o común es el guardián natural de la propiedad y de la libertad (9). La vía de hecho, por consiguiente, creó en Francia una duplicidad de jurisdicciones -si puede llamársele así a la impartida por el Consejo de Estado- para enjuiciar a la Administración Pública, de ahí el relevante papel desplegado por el Tribunal de Conflictos francés para determinar sus contornos. (...)*⁴⁸

Pese a que, en el caso francés, se busca brindar al juez ordinario de las potestades necesarias que le permitan conjurar directamente **las vías de hecho y sus efectos, caso que difiere al colombiano en donde este papel compete al juez constitucional**. No obstante lo anterior vale destacar que en el caso francés al igual que en el colombiano el papel del juez, frente a la ocurrencia de las vías de hecho tiene un común denominador, que no puede ser otro que el respeto irrestricto por las garantías individuales que demarcan la razón de ser del proceder del juez, tanto en el medio Francés, como en el colombiano, tal como se ha denotado líneas tras.

1.3.3. ESPAÑA.

En el texto anteriormente citado, se destinan algunas páginas a referir la temática de las vías de hecho en el sistema jurídico español, referencia que es pertinente denotar, la premisa fundante de las vía de hecho en este medio se encuentra normada puntualmente, a diferencia del caso francés e incluso colombiano, en donde esta ocurre de facto, es decir por el accionar del sentenciador que desconoce los derechos y garantías constitucionales en una situación en particular, indica *Jinesta* a propósito del caso español que:

⁴⁸ *Ibídem.*

“(...) El Significado de la vía de hecho en el sistema jurídico-administrativo español, En el caso español, a diferencia del francés, la evolución del concepto dogmático de la vía de hecho se produce no pretorianamente... (...)”⁴⁹

Ejemplifica la ocurrencia de la vía de hecho en España, haciendo referencia a la ley de expropiación forzosa que disponía que siempre y cuando, no se cumplieran los requisitos de utilidad pública o interés social, la administración no podría hacer uso de ella y de hacerlo el juez, debía conjurar tal obrar que es constitutivo de una vía de hecho⁵⁰, así continua el texto en referencia denotando diversos casos en los cuales estas vías se configuran en el medio español.

⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁰ *“(...)la Ley española de Expropiación Forzosa del 16 de diciembre de 1954, en su artículo 125 estipula lo siguiente: "Siempre que sin haberse cumplido los requisitos sustanciales de declaración de utilidad pública o interés social, necesidad de ocupación y previo pago o depósito, según proceda, en los términos establecidos en esta Ley, la Administración ocupare o intentase ocupar la cosa objeto de expropiación, el interesado podrá utilizar, aparte de los demás medios legales procedentes, los interdictos de retener, recobrar para que los Jueces le amparen y, en su caso, le reintegren en su posesión amenazada o perdida" La Ley española de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (Texto refundido del 26 de julio de 1957), establecía en su artículo 38 -de rogado expresamente por la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de la Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común-, lo siguiente: "Contra las providencias dictadas por las autoridades administrativas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido, no procede la acción interdictal" Por su parte, los artículos 100 y 103 de la Ley del Procedimiento Administrativo del 17 de julio de 1958, también derogada por la Ley 30/ 1992 de Régimen Jurídico de la Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, disponían: "100. 1. La Administración Pública no iniciará ninguna actuación material que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la decisión que le sirva de fundamento jurídico. 2. El órgano que ordene un acto de ejecución material estará obligado a comunicar por escrito y a requerimiento del particular interesado, la resolución que autorice la actuación administrativa" "103. No se admitirán interdictos contra las actuaciones de los órganos administrativos realizadas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido" Posteriormente, con fundamento en el dictamen del Consejo de Estado español del 20 de junio de 1962 y el Decreto Resolutorio de las Competencias No. 2492 del 3 de octubre de 1963, la doctrina admitió el proceso interdictal para tutelar cualquier libertad individual y no solo la propiedad privada. La Constitución Española del 27 de diciembre de 1978, estableció en su artículo 53, párrafo 20, que*

Finalmente el autor en referencia logra establecer una premisa básica para la comprensión de las vías de hecho en el medio español, que se identifica con los criterios básicos que hemos presentado anteriormente frente a tal concepto, que operan en el medio colombiano, obsérvese:

cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en los artículos 14 a 29 ibidem "... por un procedi miento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional Por su parte, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979 del 3 de octubre, establece que el recurso de amparo es admisible, entre otros aspectos, si se ha agotado la "vía judicial procedente" (artículo 43, párrafo 1 '). En sus artículos 41, párrafo 20, y 43, párrafo 1', establece que el recurso de amparo constitucional protege a todos los ciudadanos frente a las violaciones de los derechos y libertades "originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho" de los poderes públicos. Asimismo, esa ley estableció en la Segunda Disposición Transitoria, párrafo 2', que "En tanto no sean desarrolladas las previsiones del artículo 53.2 de la Constitución para configurar el procedimiento judicial de protección de los derechos y libertades fundamentales se entenderá que la vía judicial previa a la interposición del recurso de amparo será la contencioso-administrativa ordinaria o la configurada en la Sección Segunda de la Ley 62/1978, 26 de diciembre, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, a cuyos efectos el ámbito de la misma se entiende extendido a todos los derechos y libertades a que se refiere el expresado artículo 53.2, de la Constitución" La Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona 62/1978 del 26 de diciembre, al diseñar un proceso contencioso-administrativo especial contra los actos y disposiciones de la Administración que afecten el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona, contiene ventajas tales como el carácter facultativo del agotamiento de la vía administrativa y la regla -no excepción- de la suspensión de la ejecución. Evidentemente, el carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa (15) y del proceso especial de la ley 62/1978, impiden, en buena parte, que exista una jurisprudencia contencioso-administrativa acabada sobre la vía de hecho, puesto que, para atacarla en el proceso ordinario o especial debe ser reconvertida en un acto administrativo formal. Ahora bien, la doctrina estima que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional al regular ampliamente, en sus artículos 41, párrafo 2', y 43, párrafo 3', su objeto de impugnación (los actos jurídicos y las actuaciones materiales) vino también a ampliar el radio de acción de la vía judicial previa al amparo, esto es, de los procesos contencioso administrativo ordinario y del especial (16). Por último, la vigente Ley de Régimen Jurídico de la Administraciones Pública y del Procedimiento Administrativo Común 30/1992 de 26 de noviembre, en su ordinal 101 titulado "Prohibición de interdictos" estipula lo siguiente: "No se admitirán a trámite interdictos contra las actuaciones de los órganos administrativos realiza das en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido (...)", ibídem.

“(…) Queda patente, de esta forma, que la ley y la doctrina españolas distinguen correctamente entre actividad formal (actos jurídicos) y actuación material (coacción legítima o ilegítima) de la Administración Pública. Incluso, un sector importante de la doctrina española estima, con aguda y fundada argumentación, que la vía de hecho no se puede dar fuera de la ejecución material. El propio Tribunal Constitucional español ha deslindado meridianamente la diferencia esencial entre la actividad formal y la actuación material de la Administración Pública. Así, ha estimado que por vías de hecho hay que entender los actos de los funcionarios y de los agentes de la Administración, faltos de cobertura legal y de cobertura concreta en un título jurídico...”. De esa forma, el Tribunal Constitucional Español reserva la expresión vía de hecho para las actuaciones materiales realizadas sin la preceptiva cobertura legal, sin norma o principio habilitante y sin acto previo. (...)”

Esta visión a los entornos jurídicos generados en otras latitudes, nos permite denotar que el concepto de vía de hecho, se caracteriza universalmente por la afectación a los derechos y garantías propias de las personas que se ven truncados con la materialización de la institución de las vías de hecho, a quienes se ven afectados por el proceder de una autoridad judicial, ante ello será al menos en el caso colombiano el juez constitucional el llamado a solventar estas irregularidades y más que ello el desconocimiento de los fines del Estado que la ocurrencia de tales vías conlleva.

2. DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA

Como bien se indicó al terminar el numeral anterior, cuando el judicial ha abordado la temática de las vías de hecho, ha dejado de lado el tema de la responsabilidad que puede exigirse a la administración estatal cuando se ha consolidado la denominada vía de hecho.

Con el propósito de construir una valoración eficiente de la temática de la responsabilidad patrimonial de la administración pública y su relación con las vías de hecho, es menester precisar aquellos conceptos que semánticamente y constitucionalmente solventan a la institución de la responsabilidad administrativa en el medio colombiano.

En el diccionario de ciencias jurídica de *Guillermo Cabanellas*⁵¹, el termino responsabilidad se entiende cómo;

“(...) deuda, obligación de reparar y satisfacer, por si o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal. Considerada esa definición desde el punto de vista jurídico, incurre a juicio de no pocos autores, en error de confundir obligación con responsabilidad, cuando realmente se trata de cosas distintas y bien diferenciadas, prevaleciendo en la doctrina el criterio de que en la obligación se ofrecen dos elementos que son, por una parte, la responsabilidad. La primera lleva en sí misma una relación jurídica válida, aun cuando pueda no ser exigible coactivamente, mientras que a segunda representa la posibilidad de exigir al deudor el cumplimiento de su obligación. Por eso se ha dicho que la

⁵¹ CABANELLAS DE TORRES Guillermo, “*Diccionario de Ciencias Jurídicas*”, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2006.

*responsabilidad constituye un elemento agregado al solo efecto de garantizar el cumplimiento del deber. (...)*⁵²,

La anterior definición se termina de delinear con las diferencias que realiza el autor sobre este concepto en materia penal y civil, así como su proyección en el resto del plenario de las ramas del derecho⁵³.

La proyección del criterio de responsabilidad, es ahondado por *Pablo Larragaña*⁵⁴, en su obra el concepto de responsabilidad, en esta se edifica una

⁵² *Ibíd.* Pág. 845.

⁵³ “(...) *despréndese de lo expresado la gran importancia que el concepto de responsabilidad presenta en todas las ramas del derecho, principalmente consideradas dentro de los ámbitos civil y penal. Civilmente, se considera que es contractual si esta originada en el incumplimiento de un contrato válido o como sanción establecida en una cláusula penal dentro del propio contrato precisamente para el caso de incumplimiento o demora en el cumplimiento, y se considera extracontractual cuando se deriva del hecho de haberse producido un daño ajeno a toda vinculación convencional por culpa o dolo que no configuren una infracción penalmente sancionable (...) ahora bien en el derecho moderno que empezó a desarrollarse hacia el último tercio del siglo XIX, frente a ese concepto tradicional de la responsabilidad subjetiva, surgió la teoría, ya acogida por la generalidad de las legislaciones, de la responsabilidad objetiva, llamada responsabilidad también sin culpa, cuya primera manifestación en la práctica fue tal vez regulada en las leyes de accidentes de trabajo, según las cuales el patrono responde por los daños físicos que reciben los trabajadores en la realización de sus labores o como consecuencias de ella, con entera independencia de que haya mediado culpa o negligencia y aun cuando se hayan producido por imprudencia o culpa no grave de la propia víctima. Esta forma de responsabilidad objetiva es llamada también responsabilidad por el riesgo creado. Considerado el tema desde el punto de vista del derecho penal, la responsabilidad por el creada es la que se desprende de la ejecución de actos penalmente sancionables y que tiene dos manifestaciones, la que recae en la persona del autor del delito y que puede afectar su vida, donde la pena de muerte subsiste, su libertad, su capacidad civil o su patrimonio y la que civilmente recae sobre el propio autor de la infracción. (...) responsabilidad administrativa... en un concepto que cuadra desde luego con el adjetivo pero que por antonomasia se relega para lo antes expuesto, algunos entienden también por responsabilidad administrativa toda la derivada de los actos de gestión, incluso privada por los distintos representantes o administradores sean legales voluntarios... (...)*”, *ibíd.*, pág. 846.

⁵⁴ LARRAGAÑA Pablo, “*El Concepto de Responsabilidad*”, Editorial Fontarama, México, 2004.

definición sobre el particular jurídicamente válida⁵⁵, la cual se procede a presentar en los siguientes términos:

“(...) se trata de una categoría más concreta que la de noción de responsabilidad y da cuenta del conjunto de condiciones y consecuencias de la responsabilidad dentro de un contexto normativo concreto. Esto es, hablo del “concepto de responsabilidad jurídica”, concepto de responsabilidad moral”... política”... social”, etc., dependiendo del sistema normativo de referencia. En este sentido, los conceptos de responsabilidad tienen un carácter normativo en tanto que sus elementos constituyen normas. (...)”⁵⁶

⁵⁵ *“(...) no es hasta bastante tarde en la evolución de las sociedades humanas que la segmentación de la vida social en distintas áreas – partiendo de la distinción entre individuo y grupo, esto es, entre la vida privada y la pública y entre las cuestiones divinas y las humanas – hace que se vayan decantando conceptos de responsabilidad particulares. este nuevo punto de vista trajo aparejadas dos consecuencias importantes para la concepción de la responsabilidad jurídica: por un lado, la ofensa, violación de la norma adquiere distintas formas y, por otro, la sanción se particulariza a partir de la segmentación de la vida social se pueden distinguir los distintos efectos del quebrantamiento de los órdenes normativos (religioso, moral, político, jurídico) de manera que las consecuencias de la violación adquieren un carácter particular relativamente independiente. La función de las respuestas normativas pasa a ser una expiación por una ofensa al orden universal- que normalmente involucraba la muerte o terribles sufrimientos corporales - a constituirse en respuestas normativas que suponen ya un refinamiento cultural considerable como el arrepentimiento público, la pena proporcional o la compensación a la persona dañada, la cuales responden ya a fórmulas propiamente jurídicas. En lo relativo a la responsabilidad jurídica este doble proceso de particularización se refleja en la noción de pena. Así pues en cuanto consecuencia específica de una ofensa a un orden normativo particular, la pena tiene lugar bajo dos condiciones: por un lado, la existencia de la propia comunidad que se materializa fundamentalmente en la protección de la vida y las estructuras económicas y, por otro lado, la presencia de una autoridad que crea y, sobre todo, aplica y ejecuta las normas de la comunidad. La primera condición nos habla de carácter público de la responsabilidad jurídica en contraposición con la responsabilidad moral que, en principio, atañe al ámbito privado, y la segunda apunta a la centralización del poder público, esto es, a la vinculación del derecho con el poder del estado, que determina el carácter de la responsabilidad jurídica por vinculación con normas de esta naturaleza. (...)”*, ibídem, pag.20-21.

⁵⁶ *Ibídem*, pag.31.

Como se observa, el autor parte de la referencia de la esencia de los criterios conceptuales que se integran al concepto de responsabilidad patrimonial administrativa, los cuales también están presentes en el medio colombiano, al menos desde 1887, con la Ley 57 de tal anualidad (Código Civil), en la que se instituyeron los rasgos básicos de tal responsabilidad.

Si se repasa someramente el título XXXIV de tal normativa, **se puede apreciar la demarcación normativa de la responsabilidad común por la ocurrencia de los delitos y las culpas jurídicamente relevantes**, lo cual ha de constituir la base conceptual sobre la que se edifica la aplicación práctica del concepto de responsabilidad a lo largo de las distintas ramas del derecho.

Apoyándose en una nota histórica de contexto, es posible realizar una valoración puntual de la temática de la implantación **de la definición señalada líneas atrás en el medio colombiano, la obra de Hugo Andrés Arenas Mendoza⁵⁷**, indica que en un primer momento el régimen de responsabilidad del Estado, propiamente tal, se estableció en el Código Administrativo de 1941, en este se consagró la tendencia jurisprudencial en materia de responsabilidad:

“(...) estableciendo la acción de plena jurisdicción, que perita la acción contra actos jurídicos y la reclamación por actuación material de la administración. (...)”⁵⁸.

⁵⁷ ARENAS MENDOZA Hugo Andrés, “Régimen de responsabilidad objetiva”, Editorial Legis, Bogotá, 2013.

⁵⁸“(...) la ley 167 de 1941 había establecido en los artículos 67 y 68, como culminación de una tendencia jurisprudencial, la acción ordinaria de plena jurisdicción, la cual tenía básicamente dos formas: la primera cuando se tratará de la reclamación contra un acto jurídico y la segunda, la referida a la reclamación por una actuación material de la administración. (...)”, SAAVEDRA Becerra Ramiro, *La Responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*, editorial Gustavo Ibáñez, Bogotá 2003, pág. 120.

Arenas Mendoza, continua su disertación señalando la mutación progresiva de que ha sido objeto el concepto de responsabilidad patrimonial administrativa en el medio jurídico nacional.

*“(...) cambiando de la teoría de la responsabilidad indirecta a la directa, y se puede observar, en algunas decisiones, como la teoría de la falla del servicio se va fortaleciendo en las providencias judiciales y se introduce la tesis de la responsabilidad objetiva, por daño especial. (...)”*⁵⁹

Esta tendencia se perfecciona, no solo con una serie de pautas normativas posteriores, sino que esta configuración normativa alcanza su clímax fundamental con lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, el cual se ha denominado por la jurisprudencia en especial por la constitucional y por los doctrinantes, como la cláusula general de responsabilidad del Estado.

Para ahondar en el estudio de esta institución constitucional, se acude al texto titulado, *“La responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia, como garantía constitucional”*, de Juan Carlos Esguerra Portocarrero⁶⁰, en este, se parte, de un razonamiento fundante en la materia con el cual se puede determinar la importancia que se predica de lo contenido en el artículo 90 de la Constitución Política, señala el autor al respeto que :

“(...) la idea de constitucionalización de los postulados básicos sobre la responsabilidad patrimonial del Estado, no brotó por generación espontánea, ella no fue simplemente cuestión de que en un

⁵⁹ Régimen de responsabilidad objetiva, *Óp.Cit.* pág. 16.

⁶⁰ ESGUERRA PORTOCARRERO Juan Carlos, *“La Responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia como garantía constitucional”*, publicado en la página web <https://archivos.juridicos.uman.mx/www/bjv/libros/6/2553/34pdf> consultada el 23 de agosto de 2018.

*determinado momento constitucional de un país hubiese surgido la luminosa ocurrencia de elevar a la categoría de canon constitucional la afirmación de tal responsabilidad... (...)*⁶¹

La anterior referencia, denota la importancia que evidencio el constituyente de establecer a nivel constitucional a la institución de la responsabilidad, superando la visión formalista que de ella se pudiese predicarse, y resaltando la importancia material que le inspira más como un derecho de índole constitucional, que como una institución de naturaleza resarcitoria.

Esguerra, llama la atención en cuanto al hecho, que la edificación normativa y jurisprudencial que sobre la responsabilidad patrimonial de la administración sea erigido, constituye una muestra de la sana lógica, a través de la cual se ha logrado determinar que **la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia, es uno de los bastiones fundamentales del actual Estado social de derecho**⁶², **bajo estos criterios teóricos y funcionales, se deslumbra el efecto material que es predicable de esta institución, tal como se describe en la presente cita:**

“(...) en realidad lo más importante – lo verdaderamente importante – como se constató con el tiempo, era que pudiera proclamarse que entorno al concepto de responsabilidad, el Estado garantizaba unos derechos fundamentales de los ciudadanos y unos deberes correlativos de las autoridades públicas, vinculadas a la necesidad básica de darle permanente protección a la vida, la honra y los bienes

⁶¹ *Ibídem*, pág. 881.

⁶² *“(...) en realidad y como tantas otras veces, se trató más bien de una dinámica. Basta con mirar el camino que poco a poco ha venido construyendo la jurisprudencia a su paso y la dirección a donde el apuntaba para poder apreciar con claridad como os dictados de la lógica indicaban que la confirmación de la unión de la responsabilidad estatal como uno de los bastiones fundamentales del estado de derecho tenía que correr parejas con su anclaje en la carta fundamental. (...)”*, *ibídem*, pág. 882.

*de las personas más aún que esos derechos y esos deberes estaban – tenía que estar – íntima e inseparablemente relacionados con la propia razón de ser del estado y deberán por tanto formar parte del contrato social...(...)*⁶³

La disertación de *Esguerra*, también tiene presente otra serie de aspectos, que terminan de dimensionar el alcance de la institucionalización constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado, la cual entiende él, tenía que elevarse al rango constitucional, superando la tradición previa, en la cual **se debe consolidar tanto el concepto, como el alcance fáctico de la responsabilidad patrimonial de la administración, para lograr este efecto se acude a un proceso analógico con las pautas que en materia civil se establecieron al desarrollarse la temática de la responsabilidad patrimonial en general.**

En razón a la resultante del referido ejercicio analógico, primariamente se edificaron nociones restrictivas en cuanto a las obligaciones que se generan en cabeza del Estado, como consecuencia directa de la responsabilidad derivada del proceder de sus agentes. Con el propósito de superar la precariedad e indeterminación que generaba la ausencia de fuente normativa directa, se hizo necesario que se procediera a constitucionalizar la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano, lo cual a tiempo presente, se ha convertido en una de las garantías sociales de carácter fundamental, más importantes que brinda nuestro ordenamiento fundamental⁶⁴ a las personas.

⁶³ *Ibíd*em, pág. 883.

⁶⁴ “(...) y que era por eso por lo que esa responsabilidad – mucho más que cualquier otra tenía que ser en todo tiempo y sin ambages, un axioma empotrado en la base misma del orden jurídico y que por consiguiente era así mismo por eso por lo que a falta de una norma constitucional que la afirmara de manera expresa y terminante había que derivar sus postulados de las disposiciones que de modo general establecían obligaciones primarias del Estado y de sus órganos y funcionarios y que finalmente también era por eso por lo que debía buscarse la oportunidad de entronizar en la constitución una regla clara y precisa sobre el particular que no requiera de un proceso más o menos complejo de inducción y deducción. Una regla de derecho

Refiere el autor en cita, que la idea básica del constituyente de 1991, sobre la regulación de la institución de la responsabilidad en el entorno jurídico colombiano, se gestó primariamente en la ponencia para primer debate consignada en la Gaceta Constitucional N° 56, bajo el siguiente razonamiento:

*“(...) la consagración constitucional de un régimen integrado que envuelva tanto los responsables de tipo penal y disciplinario que pesan sobre los funcionarios públicos, como lo patrimonial que debe incumbirles por igual a todas la autoridades públicas y del Estado. (...)”*⁶⁵

Bajo una postura de universalización como la que se condensa en la cita anterior se dieron los primeros pasos para la institucionalización de una garantía de índole constitucional, que se proyecta hacia la institucionalización de la responsabilidad patrimonial de la administración del Estado.

En razón a esta nueva visión en la que se conjuga la obligación concreta en cabeza del Estado y el derecho propio de toda persona a ser reparado como consecuencia de la responsabilidad que se deriva de la señalada obligación. A partir de la nueva ecuación de responsabilidad patrimonial predicable de la organización estatal, se manifiesta por parte del autor en referencia que el daño antijurídico, así como la afectación irregular a los bienes y derechos de las personas, generadas por el proceder de los agentes públicos demanda por la reparación integral de dichas afectaciones, así se puede observar en la siguiente cita:

que hiciera expreso reconocimiento de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado como una de las garantías sociales de carácter fundamental. (...)”, ibídem.

⁶⁵ Gaceta de la Asamblea Nacional Constituyente N° 56.

“(…) conviene señalar que le régimen que se propone en materia de responsabilidad patrimonial no se limita a su mera consagración expresa a nivel constitucional, sino que además incorpora los más modernos criterios sobre la materia consistentes en radicar el fundamento de esa responsabilidad en el daño antijurídico y en su imputabilidad al órgano estatal. De esta manera se resuelve el problema que hoy ya plantea la evidente insuficiencia del criterio de la llamada “falla del servicio público”, dentro del cual no caben todas las actuaciones formas y casos de responsabilidad patrimonial tales como el de la responsabilidad por daño especial. En otras palabras se desplaza el soporte de la responsabilidad administrativa del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado de la antijuridicidad del daño producido por ella. Esta antijuridicidad habrá de predicarse cuando se cause un detrimento patrimonial que carezca de título jurídico válido y que exceda el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social. (…)”⁶⁶

Estos criterios, se **integraron** a la fórmula que **finalmente se instituyó** en el artículo 90 de la Constitución Política, en el cual se materializa la responsabilidad patrimonial del Estado de una manera expresa, aspecto que ha sido objeto de diversos pronunciamientos jurisprudenciales, con los que se ha pretendido fijar el alcance de tal institución en nuestro medio y a partir de los cuales se le ha dado aplicación a los denominados sistemas de imputación de la responsabilidad, por el cual abogan numerosos tratadistas⁶⁷.

⁶⁶ “*La Responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia como garantía constitucional*”, Óp. Cit. Pág. 889.

⁶⁷ A manera de ejemplo puede consultarse la obra de RUIZ Orjuela Wilson, *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*, editorial Ecoe, Bogotá 2016.

El texto constitucional al que se ha hecho referencia, se edificó en los siguientes términos:

“(…) 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. (...)”⁶⁸

Como puede apreciarse, con la simple lectura del artículo transcrito y **de acuerdo con los planteamientos realizados líneas atrás**, la denominada cláusula general de responsabilidad, **ha de entenderse concomitantemente** como una obligación y una garantía (derecho), que **corresponde al estado y que se brinda por el ordenamiento fundamental a todas las personas en general, en cuanto a lo que al proceder irregular o contra derecho de parte de la organización estatal se refiere.**

Veamos con más detalle, las aseveraciones contenidas en el párrafo anterior, **se considera la responsabilidad patrimonial en cabeza del Estado**, como una obligación, por cuanto la organización estatal debe asumir sin restricción alguna la responsabilidad patrimonial que le sea atribuible en razón a la acción u omisión de sus agentes. **Por otra parte se le puede considerar como un derecho por cuanto tal disposición, es una garantía real para las personas en general que se traduce en el derecho de ser reparadas patrimonialmente**, cuando se vean menoscabados en sus derechos, con ocasión de una actuación atribuible a una entidad de naturaleza pública.

⁶⁸ Artículo 90, Constitución Política de Colombia.

La evolución de la institución de la responsabilidad patrimonial en cabeza del Estado, ha sido objeto de una constante evolución, la cual ha llevado a que se determine un régimen de causalidad en la materia que se ha enriquecido por la existencia de diversas vertientes y fuentes, con las que se pretende abordar de forma global las causas de responsabilidad propia del Estado que se origina como consecuencia directa de su accionar.

En la obra de *Álvaro Bustamante Ledesma*⁶⁹, en la que se pretende realizar un compendio del pleno de las instituciones y mecanismos que necesariamente se han de involucrar al momento de materializarse en sede judicial los criterios de responsabilidad patrimonial en cabeza del Estado. Dos apartes en especial de tal obra, llaman la atención, para el desarrollo de la temática planteada con la presente investigación, por cuanto constituyen los criterios con que ordinariamente en el plano jurisdiccional se trabaja el desarrollo material de la responsabilidad patrimonial del Estado.

El primero de los apartes a referir se relaciona con el estudio de lo que jurisprudencial y doctrinariamente se ha denominado como la falla en la prestación del servicio público o simplemente falla en el servicio, y el segundo se relaciona con el régimen de responsabilidad generado por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

En lo que respecta a lo que se ha entendido como falla en el servicio, este tratadista concuerda con muchos otros, cuando indica, que tal fenómeno se presenta cuando el servicio que compete presentar a las entidades de naturaleza pública, *no se presta de manera funcional, o se hace deficientemente, o se realiza*

⁶⁹ *BUSTAMANTE Ledesma Álvaro, La responsabilidad extracontractual del Estado*, editorial Leyer, Bogotá 2003.

de manera tardía, ello como consecuencia de un proceder culposo o doloso por parte de los agentes del Estado⁷⁰.

Tal proceder señala el autor, debe estar demarcado por el obrar impropio o defectuoso, enmarcado en la culpa o el dolo, **predicable del proceder de un agente público**, lo cual puede ocurrir en un tiempo determinado o a través de diversos momentos. Esta premisa que contiene algunos tintes propios de la denominada responsabilidad subjetiva, en nuestro medio se potencializa e incluso ve sobredimensionada su naturaleza a partir de lo contenido en el texto constitucional, a través del cual se instituyó de plano y sin que medie limitante de ninguna naturaleza, la primacía de la responsabilidad objetiva, cuando se trate de asuntos relacionados con la responsabilidad patrimonial del Estado.

Este nuevo escenario lleva a que se considere, en cuanto a los asuntos relacionados con fallas en la prestación del servicio público que no es menester para que se predique la responsabilidad patrimonial en cabeza del Estado, la individualización del sujeto que actúa culposa o dolosamente, basta con que se individualice con certeza la autoridad pública, a la cual le es atribuible la omisión funcional.

En razón de este último planteamiento, se ha establecido por la jurisprudencia y la doctrina que:

“(...) la culpa del Estado en la falla del servicio es un elemento que, como todos los demás que integran la figura, debe ser probado sin perjuicio de que pueda ser desvirtuado por prueba en contrario y corresponde al Estado demostrar en cada caso específico que sus agentes obraron sin culpa, porque su comportamiento fue diligente,

⁷⁰ Argumento en concordancia con los planteamientos esgrimidos en la obra, *La responsabilidad extracontractual del Estado*, Óp.Cit. pág. 39.

*cuidadoso, prudente, acertado y ajustado al cabal cumplimiento de sus deberes y funciones... (...) en todo caso en aplicación del régimen de responsabilidad objetiva... la obligación de reparar los perjuicios no nace de la culpa del estado, sino de la efectiva protección de los derechos de los administrados. (...)*⁷¹

Este desarrollo fáctico de la responsabilidad patrimonial del Estado, que puede generarse por fallas en la prestación del servicio público, que compete a las entidades de naturaleza pública en todos sus órdenes y en sus distintas modalidades y fines, ha de demandar la presencia de una serie de elementos para su configuración a saber:

*“(...) a.) Un hecho que puede consistir en la omisión, retardo, irregularidad o deficiencia del servicio, por la acción u omisión de las autoridades públicas. b.) La culpa en la ausencia o anomalía del servicio que puede ser imputable a un determinado agente del Estado o la anónima de la administración, cuando no es dable identificar a la persona o personas que protagonizaron la defección del servicio. c.) Un daño con las condiciones necesarias para ser indemnizable. Daño que se califica antijurídico. d.) Una relación o nexo de causalidad que tradicionalmente se dice debe existir entre la culpa y el daño pero que nosotros estimamos se proyecta en dos sentidos, a saber: el primero indica un nexo de causa a efecto entre el hecho y la culpa para que pueda afirmarse que la ausencia, retardo o irregularidad del servicio obedeció a la conducta negligente, descuidada, imprudente o inexperta del agente del Estado y el segundo pone de manifiesto la relación de causa a efecto entre el hecho y el daño cuya indemnización se reclama... (...)*⁷²

⁷¹ *Ibíd.*

⁷² *Ibíd.*, pág. 41.

Acompaña a la descripción de los elementos básicos para la configuración de la falla en el servicio, el establecimiento de una especie de catálogo de modalidades en que este puede generarse, el cual también, es de común aceptación por la doctrina y la jurisprudencia dentro de este se encuentran aspectos como; la falla probada del servicio, la operación administrativa, las vías de hecho, los hechos administrativos, las omisiones administrativas, aspectos que son enunciados como elementos básico estructurales pero que en su tratamiento y fuente normativa, ordinariamente se trabajan bajo los criterios generales establecido para la falla en el servicio.

Este último aspecto pese a que no se comparte del todo, al menos desde la órbita que es propia a las vías de hecho por cuanto estas, no necesariamente han de corresponder a una omisión de la administración, sino que en muchos casos corresponde a la aplicación tradicional de una institución jurídica, que solo en opinión del juez constitucional, muchas veces ajeno a la especialidad que demanda el asunto tratado debe ser tratada de manera diversa a la que el juez de instancia considero pertinente en un primer momento.

Es esta última reflexión la que integra el centro del objeto tratado en la presente investigación, por lo que es necesario antes de proceder a referenciar los aspectos jurisprudenciales más relevantes frente a la temática de la responsabilidad patrimonial del Estado, hacer un pronunciamiento en relación a la responsabilidad patrimonial del Estado, generada por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por cuanto esta temática, en particular también podría tener injerencia en el desarrollo del señalado objetivo.

Se considera pertinente hacer referencia al hecho que en este aparte en específico, la Ley 270 de 1996, desarrolló el artículo 90 de la Constitución Política, en cuanto a un aspecto en concreto, el relativo a las consecuencias

generadas por actos u omisiones del funcionario público en el desarrollo de la función judicial.

En los artículos 65 y 74 de la comentada Ley, se establecen los criterios para la configuración de la responsabilidad patrimonial en cabeza del Estado derivada del irregular ejercicio de la función judicial.

“(...) art. 65. De la responsabilidad del Estado. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de sus agentes judiciales... En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por error judicial y por la privación injusta de la libertad. (...) artículo 74. Aplicación. Las disposiciones del presente capítulo se aplicarán a todos los agentes de estado pertenecientes a la rama judicial, así como también los particulares que excepcional o transitoriamente ejerzan o participen en el ejercicio de la función jurisdiccional de acuerdo con lo que sobre el particular dispone la presente ley estatutaria... en consecuencia, en los preceptos que anteceden los términos funcionario o empleado judicial comprende a todas las personas señaladas en el inciso anterior.(...)”⁷³

Como puede apreciarse con una simple lectura de estas pautas normativas, y siguiendo los planteamientos que sobre el particular esboza Bustamante Ledesma, es pertinente realizar la siguiente cita:

“(...) en este orden de ideas es acertado precisar que tratándose del defectuoso funcionamiento de la administración de justicia los casos

⁷³ Ley 270 de 1996.

*relacionados con esa modalidad pueden ser considerados con el criterio de la falla en el servicio, pero los casos referentes al error judicial y la privación injusta de la libertad deben resolverse al amparo del régimen objetivo de responsabilidad afincado en el daño antijurídico, el que también es aplicable respecto de los demás casos que no encajen en las previsiones, inciso segundo del artículo 65 pluricitado... (...)*⁷⁴

Estos criterios normativos y su consecuente interpretación mayoritaria, ha servido para que se edifique una teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado en la materia, en la cual se encierran tanto conductas relacionadas con la falla en la prestación de los servicios a cargo, así como por el ejercicio incorrecto de la función jurisdiccional, lo cual ha permitido la determinación de instituciones, situaciones e incluso de una tipología de hechos a partir de los cuales, el intérprete puede afirmar que se está frente a la consolidación de criterios de responsabilidad por tales aspectos sin que se presten mayores dilaciones sobre el particular.

Es importante resaltar que esta estructura teórica pierde vigencia al menos desde la perspectiva teórico-conceptual, cuando se está frente a las denominadas vías de hecho; por cuanto tal como se ahondará un poco más adelante, tales vías en algunas ocasiones se generan, no en razón a una omisión del funcionario judicial, por cuanto este actúa conforme a derecho y en uso de las instituciones propias que se aplican en la jurisdicción a la cual pertenece, sino por la determinación del juez constitucional quien considera que se han afectado los derechos de un sujeto en particular con ocasión de una actuación judicial. Escenario en el cual, no es tan claro que se hayan generado los criterios teóricos que frente a la responsabilidad por falla en el servicio o por al indebida

⁷⁴ *La responsabilidad extracontractual del Estado*, Óp.Cit. pág. 142.

administración de justicia, se han edificado por la jurisprudencia y a doctrina, por lo cual, profesar responsabilidad patrimonial sobre el particular, al menos desde tales fuentes teóricas puede constituir una impropiedad.

2.1. EL DAÑO ANTIJURIDICO COMO FACTOR DETERMINANTE EN EL ESTABLECIMIENTO DE LAS IMPLACIONES RESARCITORIAS QUE CONLLEVA LA OCURRENCIA DE VIAS DE HECHO.

Son múltiples los pronunciamientos jurisprudenciales que de una manera u otra, han trabajado tanto la temática de la responsabilidad patrimonial de la administración pública en razón a multiplicidad de causas, así como los dirigidos a abordar la institución de las vías de hecho, pero sin que existan pronunciamientos que aborden puntualmente la conjunción de ambos temas.

En razón a ello, en el presente acápite se hace referencia a aquellas piezas jurisprudenciales que permiten delinear los criterios tanto constitucionales como normativos que deben aplicarse cuando se trabaja la conjunción temática entre las vías de hecho y la responsabilidad patrimonial del Estado.

En la sentencia C- 333 de 1996, la Corte Constitucional, estableció un criterio, aún vigente en tiempo presente al interior de la jurisprudencia de tal corporación, con este se atizaron los efectos prácticos que pueden profesarse de la institucionalización de la responsabilidad patrimonial en el artículo 90 de la Constitución Política, señala la Corte, sobre el particular que:

“(...) El actual mandato constitucional, es no sólo imperativo -ya que ordena al Estado responder- sino que no establece distinciones según los ámbitos de actuación de las autoridades públicas. En efecto, la norma simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea

imputable a una acción u omisión de una autoridad pública. Pero el artículo 90 no restringe esta responsabilidad patrimonial al campo extracontractual sino que consagra un régimen general, por lo cual la Corte no considera de recibo el argumento según el cual la noción de daño antijurídico no es aplicable en el ámbito contractual. Por el contrario, para esta Corporación el inciso primero del artículo 90 consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado y comprende por ende no sólo la responsabilidad extracontractual sino también el sistema de responsabilidad precontractual (derivado de la ruptura de la relación jurídico-administrativa precontractual) así como también la responsabilidad patrimonial del Estado de carácter contractual. (...)"⁷⁵

A este contexto de funcionalidad, suma la Corte, una serie de determinaciones relativas a la procedencia de la acción judicial a manera de requisitos obligatorios, los cuales deben estar presentes en un acto, para que esté pueda considerarse como constitutivo de responsabilidad estatal, así se indica en la Sentencia C-286/17:

"(...) Para la configuración de la responsabilidad patrimonial del Estado consagrada en el artículo 90 constitucional es necesaria la comprobación de (a) un daño antijurídico, (b) que le sea imputable al Estado (causalidad jurídica), y que sea (c) producido por una acción u omisión de una entidad pública o de alguno de sus agentes (causalidad material).(...)"⁷⁶

⁷⁵ Corte Constitucional en sentencia C- 333/1996.

⁷⁶ Corte Constitucional en sentencia C-286/17.

La existencia de estos elementos que son necesarios para la configuración de los criterios necesarios para que sea dable la exigencia de responsabilidad patrimonial a cargo de la administración estatal, permiten la consolidación de un criterio unívoco en la comprensión de la institución en estudio por cuanto demarca los criterios que la jurisprudencia entiende son aplicables para que se profese tal tipo de responsabilidad.

Bajo los anteriores postulados a partir de 1991, con la consagración del artículo 90 en la Constitución política, la responsabilidad patrimonial en cabeza del Estado, se comenzó a predicar en relación con la acción u omisión de sus agentes, lo cual tiene una relación directa y determinante en la afectación que se predica ocurre con la ocurrencia de las vías de hecho a los derechos de las personas.

Como puede entenderse este nuevo escenario fáctico necesariamente demanda por que se entienda e interprete las situaciones que se generen a la luz de los criterios propios de la responsabilidad objetiva, tal como se enuncio en el numeral anterior, y conforme con los planteamientos de *Felipe Navia Arroyo*, quien respecto señala:

“(…) PROMULGADA LA CONSTITUCIÓN ERA LÓGICO suponer que el artículo 90 había sido incluido en el texto por algo más que el simple afán de darle jerarquía constitucional a tema tan importante y vital. La razón de ser de la norma debía ser la incorporación de un cambio radical, nada menos que la transformación de la responsabilidad del Estado en una responsabilidad objetiva. (...)”⁷⁷

⁷⁷ Navia ARROYO Felipe, “La responsabilidad extracontractual del Estado a la luz del artículo 90 de la Constitución Política”, publicado en la página web <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/article/download/659/622>, consultada el 23 de septiembre de 2018.

A fin de apuntalar su afirmación Navia, acude al trabajo de los intérpretes calificados de la Carta Constitucional, que en nuestro medio, no son otros que los jueces constitucionales, y a partir de sus pronunciamientos hilvana el posicionamiento de tal concepción, obsérvese la siguiente cita:

“(...) una familia que transitaba por una carreta sufrió perjuicios al rodar el vehículo en que viajaba y penetrar por el para brisas de este una piedra que se había desprendido de la montaña adyacente a la vía. ¿Qué tenemos? Un daño cierto, ausencia de falla del servicio, e imputabilidad aparente, material y jurídica, a la administración. Todo estaba dado, por consiguiente, para denegar las pretensiones de los demandantes. No fue así, sin embargo así. En la conocida sentencia del 31 de octubre de 1991, el Consejo de Estado, con ponencia de Julio Cesar Uribe Acosta, condeno a la administración a pagar los perjuicios apoyándose entre otras, en las siguientes razones: “es verdad que en lay de leyes no se define el concepto de “daños antijurídicos”, realidad que lleva a indagar el alcance actual del mismo. Y es la doctrina española la que lo precisa en todo su universo. Para Luguina un daño será antijurídico cuando la víctima del mismo no este obligada por imperativo explícito del ordenamiento a soportar la lesión de un interés patrimonial garantizado por la norma jurídica (cita de J.M de la Cuètera, la actividad de la administración. Edit.Tecnos p.554). Dentro del anterior perfil, la responsabilidad se torna objetiva, pues, como lo enseña este último tratadista, no se trata de ningún perjuicio causado antijurídicamente, sino de un perjuicio antijurídico en sí mismo... (...)”⁷⁸

⁷⁸ *Ibídem.*

Ahora bien, bajo la conjunción de los criterios descritos en los párrafos anteriores podemos esgrimir un par de premisas sobre las cuales se apalancará el desarrollo de la parte conclusiva de la presente investigación.

En primer lugar es pertinente enfatizar, que tanto los lineamientos establecidos en el artículo 90 de la Carta Política, como los aportados por la jurisprudencia sobre el particular (sentencia C-286 de 2017, entre otros pronunciamientos), demarcan, la amplitud casi que irrestricta del criterio de responsabilidad de la administración pública en Colombia. **Razonamiento** en el cual, ha de fungir, como factor determinante para la atribución de la responsabilidad patrimonial la simple ocurrencia de cualquier irregularidad o afectación que se genere con ocasión de la acción u omisión de los representantes de la organización estatal.

La segunda premisa a fijar, se relaciona con la **prevalencia** del denominado daño antijurídico, este constituye el centro de la ecuación sobre la que se determina la responsabilidad administrativa, convirtiéndose así en el verdadero verbo rector de lo normado en el precitado artículo 90 de la Carta Política, en el cual se demarca que la ocurrencia de tal daño, es el punto de partida para la materialización de la responsabilidad atribuible a la organización del Estado.

En la precitada obra de *Álvaro Bustamante Ledesma*, titulada la responsabilidad extracontractual del Estado⁷⁹, se refiere la existencia de varias definiciones sobre este particular, **resaltando que el criterio génesis** de este concepto, se brindó **por** la doctrina española, muestra de ello, se encuentra en la obra de *Tomas Ramón Fernández y Eduardo García de Enterría*⁸⁰, quienes demarcaron que el concepto de daño antijurídico **se puede concebir de la siguiente manera:**

⁷⁹ BUSTAMANTE LEDESMA Álvaro, “*La Responsabilidad Extracontractual del Estado*”, Editorial Leyer, Bogotá, 2003.

⁸⁰FERNÁNDEZ Tomas Ramón y GARCIA ENTERRIA Eduardo, “*Curso de Derecho Administrativo*”, Tomo I, Editorial SL Civitas Ediciones, Madrid, 2002.

“(…) como aquel “que el titular del patrimonio considerado no tiene el deber jurídico de soportarlo, aunque el agente que lo ocasione obre él mismo con toda licitud (…)”⁸¹.

El profesor *Fernando Hinestroza*, indica que el daño antijurídico, tiene un ámbito de proyección en **razón** del cual, toda persona es susceptible de sufrir una afectación que termine encajar en las pautas propias del mencionado daño, indica sobre este aspecto en mentado maestro:

“(…) La anotación elemental de que, por el mero hecho de ser miembro social, cada cual está parejamente expuesto a dañar y ser dañado, o sea que, sin más, se encuentra en el pórtico de la responsabilidad civil, merece ser complementada señalando que, habiendo incuestionablemente una víctima, identificada como la persona que sufrió el impacto inmediato del encuentro, susceptible de multiplicarse por extensión con el estrago de sus deudos, dependientes, próximos afectivamente, el daño no se circunscribe a ese núcleo, sino que, de contragolpe, se proyecta, indefectiblemente, sobre el victimario y los suyos, por lo mismo que la reparación debida por aquel habrá de gravar su patrimonio y, por ende, la condición económica y la calidad de vida suya y de quienes lo rodean. (…)”⁸²

Por su parte *Juan Carlos Henao*, presenta una definición de daño antijurídico, a partir del reconocimiento de una serie de criterios jurídicos universales de obligatorio reconocimiento **aplicables en nuestro medio**, indica el autor:

⁸¹ *Ibíd.*

⁸² HINESTROSA Fernando, “*El devenir del derecho de daños*”, publicado en el portal electrónico, <https://revistas.uxternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5019/6007>, consultado el 31 de enero de 2019.

“(…) 4. Definición de daño. En la tesis doctoral que sustenté en la universidad de París 2 Panthéon-Assas define ‘daño’ de la siguiente manera: “daño es toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, trátase de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, de derechos individuales o de colectivos, que se presenta como lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce pacífico y que, gracias a la posibilidad de accionar judicialmente, es objeto de reparación si los otros requisitos de la responsabilidad civil –imputación y fundamento del deber de reparar– se encuentran reunidos. (…)”⁸³

A los anteriores planteamientos no son ajenos los criterios que en cuanto al daño antijurídico, se exponen en la obra de Wilson Ruiz, quien señala en cuanto al presente asunto que:

“(…) un daño no contemplado por la ley como carga pública que todo particular deba soportar. En este punto es propio destacar que no todo daño es indemnizable, porque la condición primigenia para ello es que sea antijurídico, pues existen innumerables obligaciones y cargas que pueden lesionar derechos personalísimos o el patrimonio de las personas como son el pago de tributos al Estado, servir como testigo electoral o jurado de votación, cumplir una sanción de privación de la libertad por infringir la ley penal o prestar el servicio militar obligatorio, que son verdaderas cargas públicas consagradas en la ley, que en condiciones de igualdad todos estamos en la obligación de soportar. Es precisamente ese umbral de lo que todos los ciudadanos deben

⁸³ HENAO Juan Carlos, *“Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado”*, publicado en el portal electrónico <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4133/4477>, consultado el 31 de enero de 2019.

*asumir en beneficio de la colectividad, lo que establece el límite para considerar que el daño se convirtió en antijurídico y supero lo que razonablemente debe tolerar un ciudadano para contribuir al interés colectivo y es en ese momento en que debe valorarse el daño como indemnizable... (...)*⁸⁴

La jurisprudencia no es ajena a la determinación del denominado daño antijurídico como la pieza determinante para el delineamiento de la estructura jurídica con la cual se debe abordar la temática de las vías de hecho que tienen origen en el proceder de la autoridad judicial, ello lo realiza entre otros pronunciamientos la jurisdicción contenciosa administrativa en la sentencia del 3 de febrero de 2000, correspondiente al expediente N° 14787, en la que indica:

*“(...) la antijuridicidad del daño de su causación antijurídica, esta última será en adelante “... un simple criterio de importación de daños que junto a otros criterios, permite trasladar los efectos negativos del hecho dañoso desde el patrimonio de la víctima, hacia el patrimonio de la administración y eventualmente el patrimonio de la administración y eventualmente dirimir también el reparto de responsabilidades entre aquellas y el agente físico cuya conducta haya causado el daño. (...)*⁸⁵

Esta visión, se pormenoriza un poco más, en los planteamientos de *Bustamante Ledesma*, quien describe a este elemento como *“(...) la aminoración o menoscabo que se experimenta en el patrimonio de la víctima (...)*⁸⁶, estos criterios son tomados y contextualizados en nuestro medio por el Consejo de Estado, en la Sentencia correspondiente al radicado 17001-23-3-1000-1999-

⁸⁴ *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*, Óp.Cit. pág. 51.

⁸⁵ Consejo de Estado, sentencia del 3 de febrero de 2000, expediente 14787.

⁸⁶ *“La Responsabilidad Extracontractual del Estado”*, Óp. Cit. pág. 49.

0909-01(25592) de 2012, en tal proveído, se estableció una reflexión de naturaleza general a partir de la valoración de un caso particular en la cual demarca el sentido del concepto daño antijurídico.

“(...) El daño antijurídico, entendido como la lesión a un derecho o bien jurídico o interés legítimo que los demandantes no están obligados a soportar, se encuentra acreditado con el registro civil de defunción de Jesús Antonio Hincapié García, en el que se indica que su deceso se produjo por “heridas sufridas por semoviente de forma accidental.” Entonces, el daño entendido como la lesión a un interés protegido por el ordenamiento jurídico, y que la persona no está en el deber de tolerar, se estructura en el caso sub examine, a partir de la verificación de la muerte de Jesús Antonio Hincapié, toda vez que esta circunstancia constituye para los demandantes una afectación a sus derechos e intereses jurídicos, constitucional y legalmente protegidos. (...)”⁸⁷

Estas nociones aunque generales son fundantes para alcanzar el objetivo trazado, bajo el imperio esta premisa se procede a adentrarnos en el tema central de la presente reflexión, condensando en los criterios de valoración que vislumbran la impropiedad de tratar la responsabilidad administrativa derivada de la ocurrencia de una vía de hecho bajo la formulas con que tradicionalmente se trata la responsabilidad patrimonial del Estado.

El daño antijurídico cuenta con otra faceta a la usanza del símil de las dos caras de una misma moneda que es necesario referir como parte integral de la valoración realizada en cuanto al mentado daño, se está haciendo alusión a los criterios de reparación y resarcimiento que se deriva del mismo, y que en parte

⁸⁷ Consejo de Estado, sentencia 25592 de 2012.

integra el fin mismo de la responsabilidad patrimonial del Estado, señala Juan Carlos Henao, sobre este efecto:

“(...) concepto de reparación - La elección terminológica. ‘reparar’, ‘indemnizar’, ‘resarcir’, ‘restablecer’, ‘volver las cosas al estado anterior’, ‘compensar’, son algunos términos que se encuentran en el corazón del debate sobre el alcance de la reparación de daños. La diversidad de formas como se enuncia el mismo fenómeno es de por sí la primera dificultad que se enfrenta a la hora de descifrar su alcance, razón por la cual es preciso proceder a una cuidadosa escogencia terminológica para evitar equívocos, puesto que, por lo demás, en los diversos campos de la responsabilidad civil estos términos son empleados en ocasiones como sinónimos. Se debe, entonces, investigar su sentido corriente y su sentido jurídico, a efectos de justificar la elección por la cual se opte.(...)”⁸⁸

El autor en comentó consiente de la necesidad de contar con la precisión conceptual debida recuerda que el sentido que por lo general se ha brindado al termino reparación parte de la definición que se contiene en el diccionario de la lengua española, en el que se entiende por está: “(...) *desagravio, satisfacción completa de una ofensa, daño o injuria. (...)*”⁸⁹; definición que necesariamente ha de complementarse con la referencia al termino restablecimiento, el cual el mismo diccionario describe como, “(...) *acción y efecto de restablecer o restablecerse (...)*”⁹⁰, lo cual a su vez significa “(...) *volver a establecer algo o ponerlo en el estado que antes tenía. (...)*”⁹¹. Como es bien conocido, en muchas de las ocasiones en que se busca la reparación de un daño, no es dable que las cosas

⁸⁸ *Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado, Óp.Cit.*

⁸⁹ Diccionario práctico del estudiante, editado por la Real Academia de la Lengua española, Madrid 2011.

⁹⁰ *Ibídem.*

⁹¹ *Ibídem.*

puedan regresar a su estado primario, en tal evento se entiende por el común de las personas la necesaria aplicación de otro concepto que necesariamente se involucra **cuando se aborda la temática de la reparación desde la perspectiva que brinda el derecho**, se está haciendo referencia al termino indemnización, la cual el mismo diccionario entiende como la; “(...) *“acción y efecto de indemnizar”*, e *‘indemnizar’ corresponde a la acción de “resarcir un daño o perjuicio (...)”*⁹². A lo cual en ultimo termino suma el profesor Henao, la referencia al termino resarcir, por el cual ordinariamente se entiende; “(...) *indemnizar, reparar, compensar un daño, perjuicio o agravio (...)*”⁹³.

La remisión a esta pluralidad de conceptos que encierran las acciones que se pueden gestar al menos en nuestro medio, cuando se hace uso desde la perspectiva que brinda el derecho de la institución de la reparación de un daño antijurídico⁹⁴, que en el caso en estudiado tiene ocasión cuando se gesta una vía de hecho.

⁹² *Ibídem.*

⁹³ *Ibídem.*

⁹⁴ Planteamiento en concordación con los postulados señalados en *Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado*, *Òp.Cit*; “(...) *La elección a favor del término ‘reparación’, puesto que es usanza de alguna parte de la doctrina, sobre todo francesa, limitar el concepto de indemnización a aquella pecuniaria, se considera que para impedir esa confusión es preferible utilizar una palabra más omnicomprendensiva, que es aquella de ‘reparación’. El verbo ‘reparar’ supone, como se acaba de reseñar, la existencia de diversas maneras que permiten volver a su estado anterior lo que ha sido dañado. ‘reparar’ es más amplio que ‘indemnizar’. por ello se prefiere aplicar, para los fines de este estudio, la expresión ‘reparar los daños’ en lugar de ‘indemnizar los daños’. en efecto, se considera que para no restringir el ámbito de aplicación de la responsabilidad civil, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la definición dada de daño al inicio de este escrito, conviene utilizar el verbo ‘reparar’ en su acepción amplia para comprender mejor el fin de la responsabilidad civil. Adoptar esta posición permite adherir a las definiciones amplias que son dadas en múltiples ámbitos jurídicos. (...)*”

3. LA VIA DE HECHO COMO CRITERIO AUTONOMO, PARA QUE SE PREDIQUE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN CABEZA DEL ESTADO.

La confluencia entre las instituciones, la terminología, las sentencias y los criterios dogmáticos a los que se ha hecho referencia en cada uno de los apartes que se han presentado anteriormente en el desarrollo de esta investigación en cusan y brindan pertinencia al planeamiento central de la tesis central de esta investigación que se relaciona con la demarcación de la impropiedad conceptual de dar aplicación a las instituciones y títulos, con los que tradicionalmente se trabaja el tema de la responsabilidad patrimonial en cabeza del Estado, cuando se pretende tratar la responsabilidad administrativa generada por la ocurrencia de las denominadas vías de hecho.

Ya se ha dejado claro que al consagrarse en el artículo 90 de la Constitución Política la cláusula general de responsabilidad patrimonial de la administración estatal, la cual tiene como elemento determinante la obligatoriedad de reparación de los daños que se causen por el accionar o la omisión de la administración pública a quien no esté en el deber jurídico de soportar tales afectaciones. Lo cual concomitantemente se instituye como una garantía, un derecho, que es predicable de la persona que se vea menoscabada con tal proceder consistente en la reparación de su patrimonio y/o sus derechos.

El derecho a la reparación integral constituye una verdad normativa y sustancial en nuestro medio jurídico, lo cual compone una realidad independiente de los formalismos y medios, con los que suele materializarse tal responsabilidad, por ello se ha logrado establecer una serie de criterios genéricos con los que se pretenden atender cualquier manifestación que encaje dentro de sus postulados, es así como, se instituyeron los títulos y medios de imputación a través de los

cuales se puede declarar y exigir la responsabilidad extracontractual del Estado, de plena aplicación en el medio colombiano.

La mentada generalidad en la cual se agrupan los distintos eventos y causales sobre los cuales se exige judicialmente la responsabilidad patrimonial del Estado, en los términos en que actualmente se concibe se proyecta sobre un ejercicio analógico que se realiza, con el propósito de exigir la reparación de los daños y los perjuicios derivados de la responsabilidad patrimonial generada por el accionar o la omisión atribuible al ente público. Al trabajar bajo conceptos macro o genéricos, no se repara, así sea, someramente en la naturaleza y las circunstancias particulares que dan origen a la actuación que ha de generar la declaratoria judicial de responsabilidad, lo cual podría modificar en algo los efectos y alcance de tal declaratoria.

Para ahondar, en debida forma en la afirmación anterior, se estima pertinente referir brevemente los criterios con lo que comúnmente, se ha trabajado dogmáticamente el régimen de responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado y sus títulos de imputación, al respecto se puede iniciar señalando que:

“(...) podemos decir que el estudio sobre la responsabilidad patrimonial de Estado encontramos una clausula general de responsabilidad consagrada en el artículo 90 de la Carta Política, unos regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva que tanto la jurisprudencia como una corriente de la doctrina persiste en mantener vigentes y el régimen especial de responsabilidad por defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. (...)”⁹⁵

⁹⁵ “La Responsabilidad Extracontractual del Estado”, Óp. Cit.

Como puede inferirse con claridad del texto en referencia, en la actualidad los criterios de responsabilidad patrimonial del Estado, se encuentran guiados por la amplitud que sobre el particular permite el artículo 90 de la Constitución Política, en razón de ello, la jurisprudencia se ha limitado principalmente a demarcar la temática propia de los títulos de imputación de responsabilidad y sus causales, de tal ejercicio, se ha edificado una guía, sobre este particular, que no puede entenderse como una postura taxativa, sino enunciativa, por cuanto la eficacia del artículo 90 de la Carta Política, no puede verse limitada por visiones jurisprudenciales.

En el caso que se gesten acciones que demanden la reparación de los daños causados por actos u omisiones cuya responsabilidad sea predicable de la organización estatal que denoten la presencia de criterios que pese a encajar en los postulados generales establecidos para tarar la responsabilidad patrimonial a cargo del Estado, presentan rasgos diferenciales que demandan porque se les brinde un tratamiento jurídico distinto al normalmente ofrecido a los actos sobre los que comúnmente se determina la declaratoria de responsabilidad a cargo de la organización estatal.

La situación presentada en el párrafo anterior se configura en cuanto a las vías de hecho en donde no solo se debe denotar la existencia de una perturbación funcional en la administración de justicia, sino que tal declaratoria puede estar enmarcada por la injerencia que tiene en su conformación el proceder del agente judicial, quien actúa bajo el ineludible convencimiento que su proceder fue conforme a derecho, y pese a ello ve desvirtuarse su posición jurídica en razón a la valoración que hace otro juez en ejercicio de la denominada función de control constitucional determinando con ello la existencia de una vía de hecho.

Cuando ocurre una situación, como la que se esbozó líneas atrás necesariamente debería valorarse con una óptica distinta a la del mero error

judicial o la falla en el servicio por cuanto en tal escenario es innegable que el proceder del funcionario judicial ordinario se encontraba legalmente amparado y pese a ser desvirtuado por la señalada valoración constitucional, no sería jurídicamente válido que se argumentara la existencia de consecuencias, disciplinarias o patrimoniales, para quien primeramente entendió actuar amparado en cumplimiento de un deber legal y bajo el imperio de las pautas normativas que rigen su actividad.

Es esta última afirmación, es la que establece el escenario teórico sobre el cual se edifica la reflexión integrada al presente trabajo, con la cual se busca edificar un nuevo título de imputación de responsabilidad patrimonial en cabeza del Estado, en el que se refiera única y exclusivamente la responsabilidad generada por la ocurrencia de vías de hecho, decretadas con ocasión de providencias judiciales que estando conforme a derecho, según las pautas propias de la jurisdicción de origen, se ven desvirtuadas a la luz de los criterios propios del juez constitucional quien considera que tal proveído edificó una afectación a los derechos e intereses de las personas involucradas en este.

Escenario en el cual, como bien se ha indicado no se materializan los criterios teóricos que encierran los títulos para exigir la responsabilidad patrimonial del Estado que ordinariamente se utilizan (error judicial o falla en el servicio), los cuales no responden ni a la naturaleza, ni al entorno fáctico, por el cual se deprecia tal responsabilidad.

Criterio que debe ser observado por el juez de tutela, cuando ha de determinar la existencia de una vía de hecho, por cuanto, tal como ha ocurrido, en la mayoría de los pronunciamientos que reconocen la existencia de vías de hecho, no se demarca si el juez de instancia actuó, en concordancia con los procedimientos y criterios propios de la jurisdicción a la que correspondía originariamente el asunto, lo cual reafirma el planteamiento que se ha presentado en las líneas

anteriores, en el cual se destaca que no es propio tratar a las vías de hecho desde la perspectiva teórica, como una simple falla del servicio, o como un simple error judicial, más cuando con su ocurrencia, no necesariamente se pueden dar aplicación a lo contenido en el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política, en el que se indica, “(...) *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. (...)*”⁹⁶, por cuanto pese a que la sentencia que determina la existencia de las vías de hecho, es una condena en sí, de ella no necesariamente se puede profesar la existencia de conducta dolosa o culposa de parte del servidor público, pues como bien se indicó, puede que el proceder del juez de instancia, se encuentre conforme con los lineamientos propios de la jurisdicción a la cual pertenece, lo que hace necesariamente inviable que se puede repetir contra él o exigir criterios de responsabilidad disciplinaria o penal , sobre el particular.

Un ejemplo de la situación que se ha planteado, se encuentra en el escenario fáctico, que se edificó, respecto a la sentencia T-031 de 2016, ello visto desde la contestación que los entes judiciales accionados brindaron al juez constitucional, la cual tuvo como eje central, la siguiente tesis:

“(...) El Juzgado Veintiséis Civil del Circuito de Bogotá informó que en atención al Acuerdo PSAA13-9984 de 2013, el conocimiento del proceso ejecutivo hipotecario 1996-17849 fue asignado al Juzgado Primero de Ejecución Civil del Circuito de la misma ciudad, por lo que “no es posible dar contestación a los hechos en que se fundamenta la tutela.”(...)”⁹⁷

⁹⁶ Artículo 90, Constitución Política de Colombia.

⁹⁷ Corte Constitucional sentencia T-031 de 2016

“(…) La titular del Juzgado Primero de Ejecución Civil del Circuito de Bogotá indicó que asumió conocimiento del proceso ejecutivo que da origen a la acción de tutela el 18 de febrero de 2014, y que del examen de las actuaciones que reposan en el expediente no se observa vulneración alguna de los derechos de las accionantes, puesto que el trámite procesal se adelantó de conformidad con la normatividad vigente y respetando los derechos de cada una de las partes, por lo que se torna imperioso denegar el amparo deprecado.(…)”⁹⁸

De esta afirmación, se observa que el ente judicial valora su proceder conforme a las exigencias que la normatividad aplicable al caso le impone, lo cual puede entenderse como una conducta conforme con lo prescrito en el artículo 230⁹⁹ de la Constitución Política, pese a ello el juez constitucional consideró que tal proceder no se encuentra conforme con la obligación que el ordenamiento fundamental establece en el artículo 228, igual razonamiento operó, en cuanto a la posición de la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, quien manifestó en tal debate:

“(…) La Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, solicitó declarar improcedente la protección constitucional pedida, al estimar que no se satisface el presupuesto de inmediatez, puesto que han transcurrido más de seis meses desde que se notificaron las decisiones reprochadas. (...)”¹⁰⁰

⁹⁸ *Ibídem.*

⁹⁹ *“(…) Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial. (...)”*, Artículo 230 Constitución Política de Colombia.

¹⁰⁰ Corte Constitucional colombiana sentencia T-031 de 2016.

Como puede apreciarse, los argumentos que presentan los jueces de instancia en cada una de sus diversos niveles, se conducen hacia el respeto por los términos y las formas que la ley, ha establecido para situaciones y acciones determinadas, para un campo en específico del derecho. Planteamiento frente al cual, es el juez constitucional, quien predica su inconformismo¹⁰¹ y **procede a desvirtuar lo actuado** por los mentados jueces, situación que lleva a la configuración de vías de hecho.

Bajo un escenario, como el que se acaba de presentar y con el propósito de dotar de validez el razonamiento que en el mismo se erige, es necesario que se respondan, una serie de interrogantes que a la fecha nuestra jurisprudencia no ha resuelto, al menos no de manera eficiente.

El primer interrogante a resolver es, si con el pronunciamiento del juez constitucional con el que se desvirtúa el actuar de los jueces de instancia

¹⁰¹ Esta situación puede apreciarse en la siguiente extracto del artículo *la constitucionalización del proceso, la primacía del derecho sustancial y la caducidad contenciosa administrativo*, *Óp.Cit*, “(...) en efecto, cuando el juez debe decidir si le otorga eficacia a una demanda es perceptible un conflicto entre dos principios, por un lado, el del formalismo, contemplado en los artículos 29 de la Carta Política, según el cual uno debe ser juzgado con observancia de las formas propias de cada juicio; y por el otro con el principio consagrado en el artículo 228 de la Constitución de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal; juicio de ponderación que permite determinar en ese caso particular cuál principio debe tener prevalencia sobre el otro, siendo posible excepcionar la aplicación de la regla procesal en virtud del principio constitucional del proceso con el cual se integra. Lo anterior es una superación de la manera cómo la dogmática procesal regularmente entendía la norma procesal, la cual se consideraba como una norma vacía de contenido o neutra, (AGUDELO RAMÍREZ, 2000, p. 98) incolora (ODERIGO, 1982, pp. 131-132) y sin sabor, expresión del anhelo de pureza kelseniano que inspira la Teoría pura del derecho, con una textura cerrada que utilizaba sin ningún problema la subsunción. Pero por la constitucionalización del proceso y la consecuente inclusión de los principios constitucionales del proceso en las reglas procesales, las normas procesales cambiaron y ahora tienen una textura abierta y un contenido orientado por las ideologías, que determina al operador jurídico de la norma procesal, pues cuando actúa siguiendo la estricta exégesis, acoge una postura liberal cuyos valores más importantes son el individualismo, la propiedad privada y la autonomía personal... (...)”

especializados en el manejo del tema objeto de la Litis, este asume una especie de poder preferente y una competencia superlativa, generando con ello criterios de responsabilidad patrimonial, disciplinarios y/o fiscal, en cabeza de quien inicialmente actúa con fundamento en criterios distintos a los que considera el juez constitucional.

Aunque las condiciones fácticas pareciesen confirmar la anterior aseveración, se debe recordar que los jueces de instancia, hacen parte de las jurisdicciones que ordinariamente se encargan de tratar asuntos puntuales, factor por el cual, se entiende que su proceder se encuentra conforme con las pautas normativas y jurisprudenciales que le son propias, y bajo estos criterios tendría forzosamente que regirse el proceso de interpretación de los postulados constitucionales que se pretenden hacer valer al fin de garantizar, no solo los derechos de un sujeto de terminado, sino los del pleno de la sociedad que confían en que el ordenamiento y el juez natural de un asunto actúan de acuerdo con las exigencias legales y jurisprudenciales que son aplicables.

El segundo interrogante a responder, es, si es dable que el Estado asuma responsabilidad, por el correcto accionar de un juez, por lo que al menos en el caso que usamos como ejemplo, el actuar de los jueces de instancia fue conforme a derecho, lo cual no pareció así, al juez constitucional, quien con sus supra- facultades determinó la configuración de otra realidad en particular, para el asunto tratado¹⁰². Lo cual no quiere decir per se, el juez de instancia haya procedido de manera incorrecta.

La respuesta a este interrogante, es más sencilla de obtener, pues recuérdese que el artículo 90 de la Constitución Política, señala que el Estado, es

¹⁰² Respecto a las supra-potestades del juez constitucional consúltese la obra de MORA RESTREPO Gabriel, *“Justicia Constitucional y Arbitrariedad de los Jueces”*, Editorial Marcial Pons, Buenos Aires, 2008.

responsable patrimonialmente por todo daño antijurídico que le sea atribuible, y en este escenario, el fallo de tutela que reconoce la existencia de la vía de hecho, puede fungir, como título, para exigir la reparación por un daño atribuible al Estado, pero la repetición que contempla tal norma, no tendría asidero, por la ausencia de culpa o dolo en el proceder del agente estatal.

Los interrogantes anteriores y sus respectivas respuestas, así como, gran parte de los argumentos contenidos en esta investigación, se orientan hacia la consolidación de la tesis, por la cual, el reconocimiento de la ocurrencia de una vía de ha de derivar en la exigencia de criterios de responsabilidad patrimonial autónomo no desde las formulas o estructuras con las que tradicionalmente se requiere el reconocimiento de tal responsabilidad, como lo han sido la falla en el servicio o la defectuosa administración de justicia, ello en razón a que ninguna de estas estructuras normativas y dogmáticas, se corresponden del todo, con los criterios que encierra el reconocimiento de una vía de hecho.

En consecuencia por la insuficiencia teórica de las mentadas instituciones, se ha planteado la necesidad, de entender como un título autónomo de responsabilidad patrimonial del Estado, la ocurrencia de una vía de hecho, superando con ello la visión por la cual está es simplemente una de las acepciones para la configuración de la falla del servicio.

CONCLUSIÓN

La presente investigación constituye una conclusión en sí misma, por cuanto presenta de manera ordenada una problemática, que en muchos de los escenarios establecidos al interior de la comunidad jurídica, carece de relevancia, por cuanto, el mismo es abordado acudiendo a las instituciones, que de antaño y tradicionalmente, se han dispuesto en el seno del sistema jurídico- legal vigente, para tratar la temática patrimonial del Estado, derivada de la ocurrencia de una vía de hecho, sin que en tal proceso se tenga en cuenta la naturaleza misma de los asuntos y actuaciones que se encierran, cuando se configura tal vía, en el ejercicio de la función judicial, lo cual puede denotar cierta impropiedad cuando se les trata desde los albores de las fórmulas tradicionales de responsabilidad administrativa.

Al interior de la academia, es válido que se propenda, por la ampliación de la visión conceptual dominante y se edifiquen nuevas concepciones teóricas a través de las cuales se aborde de manera correcta, el tema relativo a la responsabilidad patrimonial del Estado, generada con ocasión de la ocurrencia de las vías de hecho, creando para tales efectos instituciones jurídicas autónomas, tal como se presentó en esta investigación.

El lograr la estructuración de las mencionadas nuevas estructuras teóricas, hizo necesario que se acudiera al estudio pormenorizado de la naturaleza misma de las estructuras conceptuales, que se involucran, cuando se pretende abordar la responsabilidad patrimonial en cabeza del Estado, haciendo especial énfasis en los escenarios jurídicos que se generan cuando el juez constitucional considera que el proceder del juez de instancia constituye por sí mismo, una vía de hecho, lo cual tal como se demostró en la investigación, no necesariamente ha de entenderse, en lo que respecta a la temática relativa a la responsabilidad patrimonial derivada de tal declaración, como consecuencia de un error judicial o

de una falla en el servicio, aspectos que implican que necesariamente han de implicar un proceder impropio, sino al menos irregular del servidor público, encargado de cumplir con la función judicial, lo cual no necesariamente ocurre cuando se gesta una vía de hecho, aspecto que por sí solo descontextualiza la aplicación somera de los postulados doctrinarios y jurisprudenciales establecidos para abordar tanto la falla en el servicio, como el error judicial.

Al denotar la impropiedad de las formulas tradicionales para la determinación de la responsabilidad patrimonial del Estado, para tratar la que tuviese origen en la ocurrencia de una vía de hecho, se hizo necesario reparar en la naturaleza y evolución tanto de la temática relacionada con la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia, así como los aspectos estructurales de las vías de hecho, generadas en el proceder del sentenciador judicial,

De la realización del señalado ejercicio intelectual, firmemente se estableció la impropiedad, que se presenta, cuando se pretende brindar el mismo tratamiento teórico – conceptual, que se le brinda a la responsabilidad patrimonial en cabeza del Estado, vista desde los criterios conceptuales relativos, a la falla en la prestación del servicio, o a los establecidos para el manejo del error en la administración de justicia, a la que pudiese generarse cuando el hecho generador fue la ocurrencia de una vía de hecho.

Esto conlleva a analizar la vía de hecho como criterio autónomo de responsabilidad, debido a que los títulos de imputación existentes no especifican el actuar del funcionario público sin cometer falla en el servicio o incurrir en un error judicial, se trata de un análisis con carácter subjetivo que enfoque la vía de hecho en actuaciones administrativas como un postulado autónomo de la responsabilidad del Estado.

Esta autonomía debe ser predicable a la necesidad de valoración de la subjetividad de la conducta del operador judicial que origina la vía de hecho, estas circunstancias que no siempre pueden estar enmarcadas en una falla en el servicio o en un error judicial.

Todo lo anterior conlleva al replanteamiento del estudio de las fórmulas tradicionales, las cuales parten indiscutiblemente del reconocimiento de las consecuencias resarcitorias o indemnizatorias, derivadas del proceder del agente público, enmarcado, bien sea por la culpa o por el dolo de este, lo cual no siempre ocurre, cuando se trata de la configuración de las denominadas vías de hecho, en donde es factible, que las mismas, tengan origen sin que necesariamente, el actuar del funcionario judicial, se encuentre caracterizado por la culpa o el dolo, sino que contrario a ello, tal institución, se ocasiono en razón a la interpretación que de las normas aplicables a un caso, ha de tener el juez constitucional.

Es la inexistencia de ese elemento subjetivo, que se traduce en el obrar del agente del Estado con culpa o dolo, a que demanda el tratamiento diferencial, por cuanto, en algunos de los eventos, en los que se declara la inexistencia de una vía de hecho, el operador judicial, ha actuado de acuerdo con las instituciones y procedimientos, que son propios de la jurisdicción a la que originariamente compete el asunto en Litis, desvaneciendo con ello, el elemento subjetivo que demarca el contenido del artículo 90 de la Carta Política, y de paso los elementos que han de integrar la ecuación sobre la cual, se edifica, tanto la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado, así como, la potestad que el asistía de repetir de este contra sus agentes, cuando han obrado con culpa o dolo.

La conjunción de todos los planteamientos que se esgrimieron a lo largo de la presente investigación, y que se han referenciado con claridad y acento, en los reglones que antecedieron, han permitido que se propenda por la formulación de

una tipología, de un criterio autónomo a partir del cual abordar la temática de la responsabilidad patrimonial del Estado, generada con ocasión de la ocurrencia de una vía de hecho.

En el cual se repare en la connotación real de los diversos aspectos que se generan cuando tiene ocurrencia una vía de hecho, desligándose así, cuando sea el caso, el componente de la responsabilidad propia del agente del Estado que profiere la sentencia de instancia, cuando su proceder pese a ser considerado por el juez constitucional, como constitutivo de una afectación a los derechos fundamentales, se encuentra conforme a las pautas normativas y jurisprudenciales, que son propias de la especialidad del derecho al cual pertenece.

En síntesis lo que se pretende con esta investigación es plantear un análisis sobre la posibilidad de configurar la vía de hecho como título de imputación autónomo estructurado en que el actuar del operador judicial al estar acorde a derecho y con total apego al deber normativo, por criterio del juez constitucional se vulneran derechos fundamentales causando un daño que deriva perjuicios indemnizables.

Es decir entonces que al configurarse una vía de hecho judicial cuando el operador judicial actúa conforme al deber normativo sin incurrir en falla en el servicio, o en el error judicial se podría configurar una responsabilidad imputable al Estado, siendo la vía de hecho judicial el título de imputación aplicable para indilgar la responsabilidad en cabeza del Estado, claro está que la vía de hecho debe ser explícita y previo juicio de valoración por parte del Juez constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

ARENAS MENDOZA Hugo Andrés, *“Régimen de Responsabilidad Objetiva”*, Editorial Legis, Bogotá 2013.

ARZOS SANTIESTEBAN Xabier, *“La Concretización y Actualización de los Derechos Fundamentales”*, Editorial Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 2014.

BARROSO Luis Roberto, *“La dignidad de la persona humana ene le derecho constitucional contemporáneo”*, Editorial Universidad Externado de Colombia Bogotá, 2014

BERNAL PULIDO Carlos, *“Los Derechos Fundamentales en La jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación”*, Editado por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México 2009, publicado en la página web, file:///C:/Users/decm/Desktop/08_Carlos20Bernal.pdf consultada el 1 de diciembre de 2018.

BERNAL PULIDO Carlos, *“Constituciones sin constitucionalismo y la desproporción de la proporcionalidad.”*, publicado en los Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional N° 9 de 2017, consultado en la página web <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autorcodigo=1789604>, el 1 de diciembre de 2018.

BUSTAMANTE LEDESMA Álvaro, *“La Responsabilidad Extracontractual del Estado”*, Editorial Leyer, Bogotá, 2003.

CABANELLAS DE TORRES Guillermo, *“Diccionario de Ciencias Jurídicas”*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2006.

CRUZ MAHECHA Diego Enrique, *“La dignidad de la persona humana”*, Editorial Académica Española, Berlín, 2017.

ESGUERRA PORTOCARRERO Juan Carlos, *“La Responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia como garantía constitucional”*, publicado en la página web <https://archivos.juridicos.uman.mx/www/bjv/libros/6/2553/34pdf> consultada el 23 de agosto de 2018.

FERNÁNDEZ Tomas Ramón y GARCIA ENTERRIA Eduardo, “*Curso de Derecho Administrativo*”, Tomo I, Editorial SL Civitas Ediciones, Madrid, 2002.

FERRAJOLI Luigi, “*Poderes Salvajes*”, Editorial Trotta, Madrid 2006.

FERRAJOLI Luigi, “*Los fundamentos de los derechos fundamentales*”, Editorial Trotta Madrid 2006.

FIORAVANTI Maurizio, “*Los Derechos Fundamentales, apuntes de historia de las constituciones*”, editorial Trotta, Madrid, 2016

HEBERLE Peter, “*La Constitución como cultura*”, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014.

HENAO Juan Carlos, “*Responsabilidad Extracontractual del Estado*”, Editorial Universidad Externado, Bogotá, 2005.

HENAO Juan Carlos, “*Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado*”, publicado en el portal electrónico <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4133/4477>, consultado el 31 de enero de 2019.

HINESTROSA Fernando, “*El devenir del derecho de daños*”, publicado en el portal electrónico, <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5019/6007> consultado el 31 de enero de 2019.

IRURETA URIARTE Pedro, “*La configuración jurídica de las vías de hecho como causa del despido disciplinario*”, publicado en la revista IUS ET PRAXIS, año 19, N°2 de 2013, pág. 179 a 206, consultado en la página web www.revistariepraxis.cl/index.php/praxis/article/viewfile/29/24.

JINESTA LOBO Ernesto, “*La tutela jurisdiccional contra las vías de hecho o las simples actuaciones materiales de la administración pública, la desmitificación del interdicto por vías de hecho*”. Publicado en la REVISTA IVTITTIA, año 12 N° 136, Abril – Mayo de 1998, pág. 35 a 72, consultada en la página web [www.ernestojinesta.com/revista/tutela%20jurisdiccional%20contra%20las%200vias%20de%20la%20administracion%20publica.pdf](http://www.ernestojinesta.com/revista/tutela%20jurisdiccional%20contra%20las%20vias%20de%20la%20administracion%20publica.pdf).

LARAGAÑA Pablo, *“El Concepto de Responsabilidad”*, Editorial Fontarama, México, 2004.

MORA RESTREPO Gabriel, *“Justicia Constitucional y Arbitrariedad de los Jueces”*, Editorial Marcial Pons, Buenos Aires, 2008.

NAVIA ARROYO Felipe, *“La responsabilidad extracontractual del Estado a la luz del artículo 90 de la Constitución Política”*, publicado en la página web <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/article/download/659/622>, consultada el 23 de septiembre de 2018.

NICOLA Ubaldo, *“Atlas Universal de Filosofía”* en *“Hegel”* Editorial Océano, Barcelona, 2002.

PALAZZO José Luis, *“Responsabilidad Extracontractual del Estado”*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1997.

PATIÑO MARIACA Daniel, *“La constitucionalización del proceso, la primacía del derecho sustancial y la caducidad contenciosa administrativo”*, Publicado en la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, volumen 43 N^o 119, pág. 655-703, enero junio de 2013, consultado en el portal electrónico www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v43119/v43n119a06.pdf, el día 10 de octubre de 2018.

PECES-BARBA Gregorio, *“La Constitución y los Derechos”*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.

PINZÓN MUÑOZ Carlos Enrique, *“Tratado de Responsabilidad Extracontractual del Estado”*, Editorial Librería Jurídica Sánchez Ltda., Bogotá, 2017.

POSNER Richard, *“Como deciden los jueces”*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2011.

PRIETO SANCHIS Luis, *“Constitucionalismo y Garantismo”* en *“Garantismo”*, Edición de CARBONELL Miguel y otro, Editorial Trotta, Madrid, 2009.

QUINCHE RAMÍREZ Manuel Fernando, *“Vías de hecho”*, Editorial Doctrina y Ley, Bogotá, 2007.

RAMOS ACEVEDO Jairo, *“La vía de hecho una nueva herramienta para impugnar actos administrativos”*, publicado en la Revista Misión Jurídica, Revista de Derecho y Ciencias Sociales, Numero 12 año 2017, enero –junio, página web www.revistamisionjuridica.com.

REALE Giovanni y ANTISERI Dario, *“Historia de la Filosofía”*, Tomo 2 en *“Patrística y Escolástica”*, Editorial San Pablo, Bogotá, 2007.

RUIZ ORJULA Wilson, *“Responsabilidad del estado y sus regímenes”*, Editorial Ecoe, Bogotá 2016.

TAMAYO Jaramillo Javier, *“La responsabilidad del Estado”*, Editorial Dike, Bogotá, 2018.

SAAVEDRA Becerra Ramiro, *“La Responsabilidad extracontractual de la Administración Pública”*, Editorial Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2003.

NORMATIVIDAD

Gaceta de la Asamblea Nacional Constituyente N° 56.

Constitución Política Colombiana.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional sentencia T-231 de 1994

Corte Constitucional sentencia T-327 de 1994

Corte Constitucional sentencia T- 470 de 1994

Corte Constitucional sentencia T-1351 de 1994

Corte Constitucional sentencia C- 333 de 1996

Corte Constitucional sentencia T -204 de 1998

Corte Constitucional sentencia T -400 de 1998

Corte Constitucional sentencia T -567 de 1998

Corte Constitucional sentencia T -173 de 1999

Corte Constitucional sentencia T -555 de 1999

Corte Constitucional sentencia T-328 de 2005

Corte Constitucional sentencia T-102 de 2006

Corte Constitucional sentencia T-087 de 2007

Corte Constitucional sentencia T- 436 de 2009

Corte Constitucional sentencia T-246 de 2015

Corte Constitucional sentencia T-031 de 2016

Corte Constitucional sentencia C-286 de 2017

Consejo de Estado, sentencia radicado 17001-23-3-1000-1999-0909-01(25592) de 2012

Consejo de Estado, sentencia del 3 de febrero de 2000, expediente 14787.

Consejo de Estado, sentencia 25592 de 2012.

Consejo de Estado, sentencia del 22 de marzo de 2018, expediente 11001-03-115-2018-00282-00 (AC)

Consejo de Estado, sentencia N. ° 11001-03-15-000-2012-01403-01