

# LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SUBSIDIARIA DEL ESTADO EN EL PROCESO PENAL Y EL TERCERO CIVIL.

## *THE PATRIMONIAL RESPONSIBILITY SUBSIDIARY OF THE STATE IN THE CRIMINAL PROCEEDING AND THE THIRD CIVIL PARTY.*

*Napoleón Botache Díaz\**

### **Resumen**

Este estudio analiza si el tercero civil en el proceso penal es el mecanismo idóneo para garantizar el derecho de las víctimas a la reparación en los procesos por delitos cometidos por agentes del Estado en ejercicio de funciones o cargos públicos, en el contexto de los sistemas jurídicos de Colombia y España al margen de los mecanismos de control judicial que, como la acción de reparación directa, establece la jurisdicción de lo contencioso administrativo. El estudio determina que, aunque la figura procesal adecuada para la vinculación del Estado en esos procesos penales es el tercero civilmente responsable, por la cual aboga el autor del trabajo, en el sistema jurídico colombiano no se puede aplicar esa institución. Al final, se hace una propuesta sobre el asunto.

### **Palabras claves**

Tercero civilmente responsable, responsabilidad civil subsidiaria del Estado, servidores públicos, reparación, proceso penal, delitos cometidos por agentes del Estado.

### **Abstract**

This paper analyzes whether if the third party civil in the criminal proceeding is the ideal mechanism to guarantee the victims' right to reparation in the proceedings for crimes committed by agents of the State in the exercise of public functions or positions, in the context of the legal systems of Colombia and Spain outside the mechanisms of judicial control, like the action of direct reparation that establishes the jurisdiction of the administrative contentious. The article determines that, although the appropriate procedural figure for the State's involvement in these criminal proceedings is the third civilly responsible, like the author of this academic article defend, in the Colombian legal system that institution cannot be applied. In the end, a proposal is made on the matter.

---

\* Magíster en Derecho, Candidato a Doctor, Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Bogotá. Este trabajo es un avance parcial del proyecto de investigación con ocasión de los estudios de Doctorado en Derecho que adelanta el autor dentro del Programa de Doctorado de la Universidad Sergio Arboleda, sede Bogotá.

## Keywords

Civil third party responsible, subsidiary civil liability of the State, public servants, reparation, criminal process, crimes committed by agents of the State.

## Introducción

En Colombia se suelen encontrar en algunas providencias judiciales afirmaciones como aquella según la cual los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación, se encuentran garantizados a plenitud al interior del proceso penal; no obstante, cuando se hace un estudio detenido sobre la aplicación del asunto se advierte que –en ocasiones– sucede todo lo contrario, esto es, se observa un total aislamiento y desconocimiento de los más elementales derechos. Es el caso de la garantía de la reparación en eventos de responsabilidad patrimonial del Estado en virtud de los daños generados por sus agentes cuando han cometido delitos, situación en la cual el panorama es preocupante dificultándose la posibilidad de reparación integral de las víctimas, lo cual las obliga a acudir a diferentes instancias judiciales con los inconvenientes que ello conlleva; distinto, por supuesto, es lo que sucede en el derecho español en el cual existen construcciones académicas que contribuyen al restablecimiento del derecho y la dignidad humana de las víctimas en esos casos, sin reparar en la economía procesal que ofrece la comunidad de la prueba existente lo que, además, implica ahorro de tiempo y de esfuerzos tanto para los intervinientes como para la administración de justicia.

Por lo tanto, no hay duda en torno a la necesidad de abordar el tema en este espacio con miras a contribuir al debate académico y abogar por un cambio de las posiciones jurisprudenciales existentes o por futuras reformas legislativas, de gran validez para el sistema jurídico. Así mismo, se debe advertir que para adentrarse en la discusión es prudente preguntarse, en primer lugar, si el Estado –en todos los niveles– puede ser vinculado a los procesos penales contra sus funcionarios y empleados por la comisión de conductas punibles, para que responda (de manera subsidiaria) con el patrimonio público por los daños causados a los particulares; y, en segundo lugar, si la respuesta a tal cuestión es afirmativa debe establecerse cuál es la figura procesal penal adecuada para cumplir con tal finalidad.

Este planteamiento alcanza un alto grado de importancia en atención a la discusión que se presenta al interior del proceso penal por la congestión que padece la justicia contencioso administrativa, como producto –en su mayor parte– del ejercicio desmesurado que hacen los profesionales del derecho, a lo cual se suma la incorporación en el ordenamiento legal de variadas acciones de índole constitucional tales como la acción de tutela, la acción popular, la acción de cumplimiento y la de pérdida de investidura, las cuales –si bien alcanzan cierto grado de efectividad para el reconocimiento de los derechos y las garantías de los ciudadanos– no logran una cobertura total, al punto de que para algunos han empeorado el panorama judicial del país en materia de garantías de reparación a las víctimas con la consiguiente degradación del sistema judicial que se torna ineficiente e ineficaz y termina, así, por perder su legitimidad.

Por supuesto, las verdaderas dificultades del sistema no logran solucionarse –como aquí se intenta– mediante la expedición de leyes, el aumento significativo del número de funcionarios y empleados a nivel nacional o los cuantiosos recursos técnicos para introducir mecanismos alternativos de solución de los conflictos (piénsese en la conciliación extraprocésal), etc., porque en tratándose de los asuntos que tocan con la responsabilidad patrimonial del Estado a raíz de los delitos cometidos por sus agentes, ello apenas sí se traduce en meros tratamientos paliativos.

Otro asunto que motiva el presente análisis es el relacionado con la pluralidad de procesos judiciales generados por los conflictos que emanan de un mismo hecho histórico; por ejemplo, se acude a acciones judiciales penales, civiles, contencioso administrativas, disciplinarias y fiscales e incluso a las de orden político. Las críticas no se hacen esperar: con ello, se pierde la oportunidad de que un solo funcionario mediante un fallo omnicompreensivo adopte una decisión que resuelva todos estos aspectos, por ejemplo, que en la sentencia penal se defina la pena imponible al autor de la conducta, la sanción disciplinaria y la reparación pecuniaria por la responsabilidad patrimonial del Estado, en la medida en que del hecho derive esa obligación; y, finalmente, imponer las consecuencias fiscales que el caso amerite (claro está con funcionarios capacitados en todas esas disciplinas). Ello, aunque parezca utópico, contribuiría a un mejor funcionamiento del sistema jurídico y a la garantía de una pronta reparación de las víctimas en esos procesos, si, finalmente, los jueces son los que aplican las leyes en función de lo justo.

En ese sentido, este trabajo intenta indagar si es prudente que la administración pueda ser vinculada al proceso penal para que responda patrimonialmente (de manera subsidiaria) por los perjuicios causados por sus empleados o funcionarios por la comisión de conductas delictivas, en atención a su conveniencia en términos de celeridad y de facilitar el acceso a la administración de justicia para las víctimas, amén de hacer un aporte a la economía para la administración pública que representaría ese supuesto.

Así las cosas, el objetivo principal de esta incursión académica es precisar mediante qué figura procesal puede ser vinculada patrimonialmente la administración al proceso penal, a cuyo efecto se hace una comparación del sistema jurídico colombiano con el español con miras a señalar cuáles son los elementos en los cuales coinciden los dos modelos y aquellos que los diferencian y poder, así, tomar los que puedan resultar útiles. Con esa finalidad, se exploran algunos conceptos básicos en materia de responsabilidad patrimonial subsidiaria de la administración en el proceso penal, y se examina la figura jurídico-procesal del tercero civilmente responsable concebida como la adecuada para lograr tal propósito, máxime si está prevista en los dos ordenamientos que sirven como punto de partida para la comparación.

Para el logro de tales propósitos el trabajo incluye la siguiente estructura: en primer lugar, a manera de marco teórico se abordan el concepto de responsabili-

dad civil extracontractual “subsidiaria” de la administración y la figura jurídica del “tercero civilmente responsable”, en un acápite denominado como “limitación teórica de conceptos”. En segundo lugar, en un acápite intitulado como “origen y evolución normativa de la responsabilidad de la administración en Colombia y España”, se hace un análisis de la normativa que rodea cada una de esas instituciones en los dos países; además, se examinan algunas de las decisiones jurisprudenciales más relevantes en esta materia. En tercer lugar, en el segmento denominado como “responsabilidad civil extracontractual «subsidiaria» de la administración derivada del delito cometido por sus agentes”, se hacen algunas consideraciones sobre el estado actual de la cuestión desde el punto de vista doctrinario. Al final, se plasman las conclusiones del estudio y se hace una propuesta concreta de solución a dicha problemática.

### La limitación teórica de los conceptos

Se dice que la responsabilidad patrimonial de la administración por los daños causados a los particulares emana del derecho civil aplicable a las personas jurídicas de derecho privado y que, a su vez, se basa en el precepto que indica: “todo aquel que cause un daño a otro debe repararlo” (Rodríguez 1998, p. 369), lo cual supone una relación entre dos sujetos: uno, que ha producido un daño y, el otro, que lo ha sufrido, con la obligación del primero de reparar los perjuicios que ha causado. Pero, lo que hace la diferencia al aplicar el derecho, es la calidad jurídica del llamado a responder pecuniariamente por el autor del daño: “persona jurídica de derecho público” que le ubica en una jurisdicción diferente a la aplicable a los particulares: la contencioso administrativa; el planteamiento del presente trabajo está dirigido, sin embargo, a romper este paradigma en el entendido de que a la administración pública, en el marco del derecho penal, es posible aplicarle el derecho común de los particulares, sin ninguna distinción.

Por eso, Valencia y Ortiz (1998, p. 277) señalan que, poco a poco, se ha establecido al lado de la responsabilidad civil de las personas jurídicas de derecho privado, “cuyos criterios son señalados por la Corte Suprema de Justicia, una responsabilidad administrativa para las personas jurídicas de derecho público cuyas tesis las señala el Consejo de Estado”. Al respecto, es necesario recordar que en nuestro país hasta el año de 1964 la definición de la responsabilidad estatal estaba en manos de la jurisdicción civil como regla general y, de forma excepcional, en la contenciosa administrativa; fue el Decreto 528 del 9 de marzo de ese año, el que invirtió las cargas (Sánchez & González 2002, p. 9).

Por lo tanto, cuando se crea una persona jurídica –bien sea de derecho privado o público– se hace para el cumplimiento de determinadas funciones tales como económicas, culturales, etc., en el primer caso, o para la prestación de determinado servicio público, en el segundo; para tal fin debe disponer de una organización administrativa y de una planificación con personal humano calificado, con un capital mínimo que le permita desarrollar las operaciones con solvencia. En dicho discutir, pueden presentarse incidentes que alteren o interrumpan el funcionamiento y

que, a su vez, causen daño a otros. De allí que deba indemnizarse a quien se le ha causado un daño, así sea con ocasión del giro normal de las actividades (Valencia & Ortiz 1998, p. 279).

Esta posición abandona de plano el concepto de culpa o dolo que acompaña a los actos de los seres humanos, para sostener que la voluntad individual de las personas naturales que integran la organización vale como la voluntad propia de la persona jurídica (responsabilidad objetiva). De ahí que, cuando el daño sea resultado del ejercicio de una función pública, la regulación no se encuentra en las normas de derecho civil aplicable a los particulares (CCC, artículo 2341), sino en el derecho público, y la obligación de responder civilmente nace en Colombia con lo que la jurisprudencia ha denominado como *falla en el servicio* (Güechá 2012, pp. 95-109).

Para ilustrar de forma breve, el término “falla en el servicio” de la administración implica para ella el deber de indemnizar el daño causado por la acción u omisión de las autoridades públicas, asociada a la deficiencia o defecto en la prestación de un servicio o función pública, bien sea por la acción, omisión o extralimitación de funciones, y que puede tener origen en diversas causas, por ejemplo, en la organización administrativa, la deficiente planificación, la falta de controles, en la selección del personal y hasta en la distribución de funciones. Ahora bien, es claro que a partir de la vigencia del artículo 90 de la CPol, se abrieron otras formas de responsabilidad patrimonial de la administración tales como el daño especial, el daño antijurídico, etc., pero para los efectos del presente trabajo interesa la falla en el servicio la cual le da fundamento a la vinculación de la administración en el proceso penal.

En otro orden de cosas, en el derecho español, pese a que las fuentes de la responsabilidad patrimonial de la administración descansan, igualmente, en el derecho civil –pues les asiste el mismo cometido (reparar los daños)–, ésta surge, no ya de una falla en el servicio –como concepto técnico visto en precedencia– sino de la infracción de un deber jurídico con perjuicio de terceros, en cuanto: “han tratado de concretar el alcance de dicha garantía indemnizatoria frente a las lesiones derivadas del funcionamiento de los ‘servicios públicos’, o lo que es lo mismo, ante las lesiones imputables al funcionamiento de las administraciones Públicas” (Fernández, 2015, p. 16).

Al respecto, Fernández (2015, p. 11) señala que la responsabilidad patrimonial de la administración consiste en: “la sujeción a las consecuencias derivadas del incumplimiento de un deber” y explica que la responsabilidad civil o por daño de la administración, tiene fundamento en la infracción de un deber de orden jurídico, bien sea por el incumplimiento de un contrato administrativo o por los daños que causen en el desarrollo de las actividades a que se dedican, que se cataloga como responsabilidad civil extracontractual de la administración, cuyo concepto se encuadra dentro de la responsabilidad por funcionamiento anormal de la administración (Parada, 2000, p. 652); no se puede dejar pasar por alto la existencia

de otras modalidades de responsabilidad, ya no por funcionamiento anormal, sino “normal” de la administración, pero no es tema que interese a nuestro trabajo, por lo tanto, no se profundizará en el mismo.

Con todo, tanto en nuestro país como en el derecho español, el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado se concibe como una responsabilidad objetiva y directa de los daños imputables al funcionamiento de la administración, evolución jurídica que se encuentra tan arraigada en el sistema jurídico de estos ordenamientos legales, que incluso ha sido elevada a rango constitucional (CPol, art. 90 y CPEsp, art. 106.2). Así mismo, se sienta la tesis de que los actos ilícitos cometidos por los empleados y funcionarios, constituyen una falla en el servicio en el caso colombiano o, en el español, un funcionamiento anormal (García de Enterría, 2007, p. 7), razón por la cual la administración está obligada a responder patrimonialmente por los daños que se causen a los particulares, pues el daño se presenta como expresión del funcionamiento del servicio, por tal razón imputable a la administración, sin que el dolo o la culpa personal del agente tengan la virtud de excluirla (Parada, 2000, p. 658).

Fijados estos presupuestos y considerando, adicionalmente, la existencia de los requisitos mínimos para constituir la responsabilidad patrimonial, tales como: el daño, la imputación del mismo y el deber de reparar (Henaó, 2000, pp. 105 y ss.; Rodríguez, 1998, pp. 371-373; y Fernández, 2015, pp. 17-56), viene al caso adentrarse en el tema nuclear del presente trabajo, la responsabilidad civil subsidiaria de la administración por los delitos cometidos por los funcionarios y empleados del Estado, la cual surge al margen de la acción de reparación directa y en el marco de un proceso penal; en otros términos, la obligación de resarcir el daño sólo podrá exigirse cuando el resarcimiento, reparación o indemnización por parte del responsable directo –el declarado penalmente responsable– no puede llevarse a un buen fin, en tanto la administración sólo responderá ante la insolvencia de éste para cubrir total o parcialmente el valor económico del daño, ello con el fin de garantizar la indemnización al perjudicado, siempre y cuando el origen del daño provenga de una falta o culpa personal del funcionario en el ejercicio de la función o, en gracia de discusión, por una falta personal del funcionario por fuera del ejercicio de la función, pero que mantenga una relación estrecha con el servicio o, también, cuando se presentan varias faltas, al mismo tiempo, del servicio y personal (Rodríguez 1998, p. 396). De tal manera, que queda excluida la responsabilidad patrimonial subsidiaria de la administración cuando la falta es “netamente” personal, como lo explica Parada (2000) al citar a Laferriere:

(e)l funcionario no como servidor del Estado más o menos sujeto a error, sino como hombre o mujer con sus debilidades, sus pasiones y sus imprudencia...Siguiendo todavía este criterio son faltas personales y, por consiguientes, de tachables de la función: a) Los actos materiales separables de la función, entendiéndose por tales aquellos que tienen relación directa con la vida privada del funcionario, como son los crímenes pasionales que cometen con ocasión del servicio, utilizando los medios que éste le proporciona; b) Los actos psicológicamente separables de la función, (p. 658).

Los anteriores elementos satisfacen el por qué la administración pública puede ser vinculada al proceso penal para que responda civilmente por los daños causado por sus agentes, pero de manera subsidiaria. Ahora debe determinarse el cómo se puede obtener ese fin en el proceso penal, en otras palabras, mediante que método o figura procesal; ya desde la introducción de este trabajo se ha dicho que la institución jurídico–procesal penal que mejor permite cumplir tal propósito es la del “tercero civilmente responsable”. Ella ha sido definida de forma breve como: “El responsable civil subsidiario es la persona [natural o jurídica] diferente del responsable directo, que ante la insolvencia de éste responde de las consecuencias civiles del hecho delictivo” (Armenta, 2010, p. 100). Otros, por su parte, consideran:

A diferencia de lo que sucede con la responsabilidad criminal, que, por esencia, es personalísima e intransmisible, la responsabilidad civil derivada de la comisión del hecho punible, en cambio, puede corresponder en determinados supuestos a personas distintas del responsable penal, a terceros no inculcados de la comisión de delito o falta alguna que, sin embargo, y por imperativo legal, pueden en ocasiones llegar a responder civilmente del hecho ajeno sobre la base de las especiales relaciones o situaciones jurídicas en que se encuentren con respecto al verdadero responsable penal (Gimeno, Conde-Pumpido & Garberi, 2000, p. 571).

Puntos de vistas, estos, que conducen nuevamente a las fuentes de las obligaciones civiles de las personas jurídicas (pública o privadas) pero, claro, bajo el presupuesto de existencia de un proceso penal en el que se haya determinado la responsabilidad penal en una persona y que en virtud de una relación de carácter civil, comercial, laboral, etc., con éste vincula su responsabilidad patrimonial al interés que le asiste al particular que ha sufrido el daño en que le sean indemnizados los perjuicios.

En suma, son varios los elementos que se requieren para poder hablar de responsabilidad civil “subsidiaria” de la administración en los delitos dolosos o culposos que hayan cometido sus agentes y de ahí que sea la figura del tercero civilmente responsable la indicada; al respecto, se requiere: a) el adelantamiento de un proceso penal en contra de un agente del Estado por delito doloso o culposo; b) que el declarado penalmente responsable tenga o haya tenido una vinculación legal con la administración pública, de ahí es donde nace la obligación; c) que el delito provenga de una falta o culpa personal del agente estatal en el ejercicio de la función o, en gracia de discusión, por una falta personal del funcionario por fuera del ejercicio de la función, pero, que mantenga una relación estrecha con el servicio o, también cuando se presentan varias faltas, al mismo tiempo, del servicio y personal; d) que el declarado responsable penalmente, se encuentre insolvente para reparar total o parcialmente en daño; y, e) que el juez o tribunal autorice su vinculación en los términos y condiciones establecido en el Código de Procedimiento Penal colombiano o en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española.

Aquí se habla de los elementos mínimos para la vinculación de la administración pública en calidad de tercero civilmente responsable en el proceso penal, para que responda patrimonialmente por los daños causados por sus agentes, y

no de los elementos de la responsabilidad patrimonial de la administración, es decir, del daño, la imputación del mismo y el deber de responder, los cuales son precisamente los que se van a determinar a partir del momento que se autoriza su participación.

### **El origen y la evolución normativa de la responsabilidad de la administración en Colombia y España**

Ahora bien, viene al caso hacer un análisis sobre el derecho positivo que subyace a estas instituciones jurídicas; para tal efecto se estudian las normas constitucionales y legales que las desarrollan, la jurisprudencia tanto de los tribunales administrativos, penales y civiles, en Colombia y España, luego de unos breves antecedentes normativos.

#### **La responsabilidad civil extracontractual de la administración.**

A finales del siglo XIX la Corte Suprema de Justicia (CSJ) (1896, citada por Rodríguez, 1998, p. 376) determinó, por primera vez en Colombia, la responsabilidad civil del Estado por daños imputables a sus funcionarios. La decisión, que correspondió a la jurisdicción civil, constituyó el fin de la etapa de la ‘irresponsabilidad’ del Estado (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 22 de octubre de 1896, como aparece citada en Rodríguez (1998, p. 376), para ese entonces, las normas aplicables a las controversias relacionadas con la responsabilidad patrimonial de la administración eran las del Código Civil Colombiano (CCC), igual que para las personas jurídicas de derecho privado, se hablaba de una ‘responsabilidad civil indirecta’ del Estado, en virtud de lo establecido en los artículos 2347 y 2349 del CCC en los que se señalaba la obligación de reparar los daños causados por sus funcionarios “siempre y cuando, se hayan cometido en ejercicio de la función pública o con ocasión de ella, en la medida en que debía procurar una buena elección de ellos y un adecuado control, porque su culpa se proyectaba sobre la persona jurídica pública (CSJ, 1975, p. 272).

Sobre la responsabilidad indirecta la Corte Constitucional (sentencia C-1235, 2005) señaló que este tipo de responsabilidad es “la que se imputa por disposición de la ley a una persona que a pesar de no ser la causante inmediata del daño, está llamada a repararlo por la presunción de culpa que sobre ella pesa”. Sobre esta afirmación se ciernen varias posturas: la primera, “se funda en el incumplimiento del deber de vigilar, elegir o educar –*culpa in vigilando, culpa in eligendo*– al causante inmediato del daño (...) tiene una relación de cuidado o dependencia”. La segunda visión, se funda en un criterio de imputación objetiva –la teoría del riesgo creado o riesgo beneficioso– conforme a la cual “quien se beneficia de una actividad debe soportar las cargas que se derivan del ejercicio de dicha actividad”.

Esta posición jurídica, se mantuvo como regla general, por lo menos hasta finales de la década del treinta (CSJ 1939) antes de que se hablara de la ‘responsabilidad directa del Estado’, ante la jurisdicción civil. Ello, al considerarse que la



persona jurídica y sus agentes, constituían una unidad inescindible, de tal forma que la culpa de estos repercutía “inmediatamente” en la persona jurídica de derecho público; por lo cual, el fundamento jurídico se desplazó a lo dispuesto en el artículo 2341 *ibidem*, es decir, que se trata de un “hecho propio” de la *persona jurídica*. De ahí partió, también, la introducción de otras hipótesis de responsabilidad, como fue la teoría organicista, la cual trató de una mixtura que señalaba que la responsabilidad era directa cuando el dependiente que ocasiona el daño es un directivo, agente o aquel que ‘ejecuta’ “expresamente la voluntad”, e indirecta por los demás empleados, amparada en la relación entre la persona jurídica y el autor del daño (CSJ, 1975, p. 273).

Con posterioridad, la jurisprudencia –tanto de la CSJ como del Consejo de Estado (CE)– advirtió que la responsabilidad *aquiliana* de las personas jurídicas de derecho público era merecedora de un régimen jurídico especial y se habló por primera vez del término “falla en el servicio”, propio del derecho administrativo, con fundamento en la norma constitucional (CPol 1886, artículo 16). Después, con el Decreto 528 de 1964, se le atribuyó a la jurisdicción de lo contencioso administrativo el conocimiento de las demandas por responsabilidad civil extracontractual del Estado. Más tarde, se legisló en el artículo 82 y 128 del Código Contencioso Administrativo (CCA) (sustituido Ley 1437 del 18 de enero de 2011, o Código de procedimiento administrativo y de lo Contencioso administrativo, artículos 103 y 149 y ss.), el objeto de la jurisdicción contenciosa y se fijaron las reglas de competencia del CE, los tribunales y juzgados administrativos, lo cual permitió afianzar de manera definitiva ese concepto (Rodríguez, 1998, p. 381).

Finalmente, aparece el artículo 90 de la CPol en el año 1991, en el que se incorpora como fundamento jurídico de la responsabilidad del Estado, el concepto de “daño antijurídico” (García de Enterría, 2007, pp. 176 y 177), que contempla otros aspectos *adicionales* a la falla en el servicio, tal es el caso del daño especial, con un claro acercamiento al derecho español y, por ende, el abandono a la tradición francesa imperante hasta el momento (CC, 1996 y CE, 2012). También, apareció un decálogo de normas (artículos 65 a 74 de la Ley 270 de 1996, denominada Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y CC, 1996) mediante las cuales atribuían responsabilidad del Estado por el daño antijurídico que causaban los funcionarios y empleados del sector justicia.

En España, por su parte, el sistema de responsabilidad objetiva es más reciente porque sólo fue aplicado a partir del año 1950 para las entidades locales, y se extendió al plano estatal mediante la Ley de Expropiación Forzosa (LEF) del 16 de diciembre de 1954, aunque ya se encontraba consagrada en el artículo 41 de la Constitución Republicana de 1931, lo cual nos lleva a concluir que con anterioridad existía un régimen de ‘irresponsabilidad administrativa española’ (Ley 5 de abril de 1904 y Real Decreto del 23 de septiembre de 1904), a la vez, que se hablaba de una responsabilidad extracontractual de los funcionarios por los daños causados en ejercicio de la actividad administrativa (Mir, 2002, pp. 37-38).

Además, de tiempo atrás, el Código Civil Español (CCE) contenía normas que mediante su interpretación comprometían la responsabilidad civil del Estado, es el caso del artículo 1903-5, en el que se establecen los presupuestos de la responsabilidad por el hecho ajeno, exclusivamente, por los daños ocasionados por el *agente especial*, sin que existiera regla que definieran este sujeto, lo que obstaculizaba la labor a la hora de vincularlo, además, remitía al artículo 1902, que regula la responsabilidad civil por el hecho propio –que establecían que cuando el daño se causara por un funcionario público– podría declararse la responsabilidad de la administración, propuesta que no tuvo eco en la jurisprudencia del momento (Martín, 1999, p. 329).

Al margen de este referente histórico, la LEF contenía una cláusula amplia de responsabilidad de la administración, sin embargo se encontraba técnicamente limitada por su aplicación exclusiva a los daños causados por efecto de los procesos de expropiación. Situación que fue corregida, prontamente, por la reglamentación que de la misma se hizo y, por la entrada en vigencia de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado del año 1957, lo que constituyó el pasó de una ley especial a una ley básica de la organización administrativa. Con posterioridad, pese a las dificultades de interpretación y aplicación que pudo tener esta normatividad, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, para el año que inició la reforma constitucional, su uso se afianzó de forma considerable de tal forma que fue incluida fielmente en los artículos 106.2 y 149.1.18<sup>a</sup> de la Constitución Política de España (CPEsp) (García de Enterría & Fernández, 1999, p. 365).

Por último, aparece la Ley 30 del 26 de noviembre de 1992, con todas sus reformas (Ley 4 de 13 de enero de 1999, Ley 13 de 3 de noviembre de 2009 y la Ley 2 de 4 de marzo de 2011) denominada “Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, en la que se consagró todo un estatuto de responsabilidad de la administración derivada del funcionamiento de los servicios públicos, por un lado, o de los daños imputables al funcionamiento del Estado, por el otro (Fernández, 2015, p. 16).

### **La responsabilidad civil extracontractual “subsidiaria” de la administración derivada del delito cometido por sus agentes.**

Bien, en esta parte conviene iniciar para hacer referencia a la responsabilidad civil extracontractual “subsidiaria” de la administración en el derecho español, en el cual se halla mayor regulación legislativa, al contrario de lo que ocurre en Colombia donde se echa de menos cualquier desarrollo legal o jurisprudencial.

Entonces, en punto a la responsabilidad civil subsidiaria en el derecho español, señala Fernández (2015, p. 14) que el primer antecedente claro es el artículo 41 de la Constitución republicana de 1931, en la cual se dispuso que cuando un funcionario público en ejercicio de su cargo infringía un deber y ello causaba daño a un particular, la administración a la que presta sus servicios tenía la obligación de responder patrimonialmente por éstos conforme a la ley correspondiente, esta regla fue desarrollada por el artículo 209 de la Ley Base Municipal de 10 de julio

de 1935, que además se complementó con la responsabilidad directa de los funcionarios establecida en la Ley de 5 de abril de 1904, en la actualidad regulada en el artículo 121 del Código Penal Español (CPE). No obstante, Martínez (2009, p. 200) insiste en que el Tribunal Supremo (TS) tiene su propia interpretación mediante la cual aplica a la administración otras normas del mismo código que se refieren a la responsabilidad civil de los particulares, señalando el artículo 120.3 CPE; por lo tanto, la responsabilidad patrimonial subsidiaria de la administración –derivada del delito– se genera por dos supuestos que a la larga constituyen fallas en el servicio (Martínez, 2009, p. 215). Esta norma señala:

Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se haya infringidos los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción.

Debe mencionarse, además, que se llega al artículo 121 del CPE por vía de remisión que hace el numeral 1 del artículo 146 de la Ley española de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Proceso Administrativo Común (LRJPAC) (el artículo 1092 del CCE también hace una remisión expresa al CPE cuando establece: “las obligaciones que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal”), constituyéndose una clara excepción a la regla general, establecida por el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), en la que se establece que corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocer de todas las pretensiones que en materia de responsabilidad patrimonial de la administración pública se presenten, sin que sea relevante la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de la cual se derive. También, es una excepción a la regla que prohíbe exigir la responsabilidad civil directa al agente que ha causado el daño (artículo 145.1 de LRJPAC).

Con todo, hay que ver que se trata de un sistema jurídico complejo integrado por las normas propias de derecho administrativo, en la que se incluye el Real Decreto 429/1993, del 26 de marzo, que reglamenta los procedimientos de las administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial del Estado español, que el juez debe tener en cuenta al momento de declarar la responsabilidad subsidiaria además de la nutrida jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español TCE (Martínez, 2009, p. 205, hace referencia a: TCE en sentencia 33/1992, de 18 de marzo y sentencia 316/1996, de 28 de noviembre, en la que se reconocen la diferente naturaleza entre la responsabilidad penal y la civil) y TS (Martínez, 2009, p. 214, trae algunas referencias: TS de 30 de junio de 2000, Ar. 6603; TS de 5 de junio de 2001, Ar. 7187; 31 de enero de 2001, Ar. 491; 5 de julio de 2002, Ar. 7936; 13 de junio de 2003, Ar. 8553; 13 de diciembre de 2005, Ar. 10172, en la cuales se discute la compatibilidad o incompatibilidad de los artículos 120.3 y 121 del CPE), el CPE, LOPJ y la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim, artículos 615 a 621).

Ya del lado del derecho patrio, se encuentra una precaria normatividad sobre la materia (véase la normatividad que regulaba la jurisdicción contenciosa admi-

nistrativa desde el año 1913 hasta el año 2012: Ley 30 de 1913, Ley 167 de 1941, Decreto 528 de 1964 y Decreto 1 de 1984 y las normas modificatorias como los Decretos 1036 de 1988, 2270 de 1989, etc.) con la finalidad hallar elementos legales para configurar una responsabilidad civil subsidiaria del Estado, sólo en este último Decreto aparece un artículo que mediante una forzada interpretación, se puede considerar cercano al objeto de búsqueda), empero, el Decreto 1 del 2 de enero de 1984, aludía a que los perjudicados podían demandar ante la jurisdicción contencioso administrativa a: las personas jurídicas de derecho público, a los funcionarios que causen el daño –por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones– o a ambos, de todas formas, en caso de ser declarado responsable uno u otro o los dos, la entidad debía hacer el pago y repetir contra el funcionario. Esas normas se complementaban con lo dispuesto en el artículo 40 del CPC (Decretos Nos. 1400 y 2019 de 6 de agosto y 26 de octubre del año de 1970) que a la letra establecía:

Responsabilidad del juez. Además de las sanciones penales y disciplinarias que establece la ley, los magistrados y jueces responderán por los perjuicios que causen a las partes, en los siguientes casos: 1. Cuando procedan con dolo, fraude o abuso de autoridad. 2. Cuando omitan o retarden injustificadamente una providencia o el correspondiente proyecto. 3. Cuando obren con error inexcusable, salvo que hubiera podido evitarse el perjuicio con el empleo de recurso que la parte dejó de interponer. La responsabilidad que este artículo impone se hará efectiva por el trámite del proceso ordinario.

Ese escenario podía considerarse como una responsabilidad civil ‘subsidiaria’ del Estado, en el evento en que el perjudicado demandara al funcionario y éste fuera declarado responsable. Ante tal situación era la administración a quien correspondía responder por el pago de los perjuicios causados, con la opción de repetir en contra del funcionario responsable, lo que resulta contrario a la tradición jurídica española que prohibía expresamente iniciar cualquier acción en contra de sus agentes, salvo la penal, en cambio, véase que en Colombia estaba la posibilidad de demandar administrativamente a los funcionarios para que respondiera los daños causados a particulares.

Tesis aplicable solo a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, porque en materia penal, el Decreto 050 de 13 de enero de 1987 (artículo 58 inciso 2 “...no podrán ser demandados en virtud de esta disposición las entidades o personas de derecho público cuya responsabilidad solo pueda determinarse por la jurisdicción de lo contencioso administrativo”) mediante el cual se estableció el Código de Procedimiento Penal de la época determinó que las personas jurídicas de derecho público no podían ser vinculadas al proceso penal como responsables patrimonialmente cuando sus agentes hubieran sido declarados responsables de la comisión de delitos a título de dolo o culpa. Norma que desapareció de los códigos posteriormente y sin motivación alguna.

Ahora bien, frente a la norma sustantiva penal –a diferencia del CPE– ha sido escueta, pues los dos últimos Códigos Penales refieren de manera genérica quienes están obligados a reparar; en efecto, el art. 105 del D. 100 de 23 de enero de 1980,

señalaba: “Quienes deben indemnizar. Deben reparar los daños a que se refiere el artículo 103 los penalmente responsables, en forma solidaria, y quienes de acuerdo con la ley están obligados a reparar”. A su vez, el art. 103 disponía: “Reparación del daño y prevalencia de la obligación. El hecho punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales que de él provengan”. En cuanto a la Ley 599 de 24 de junio de 2000, vigente, se establece que: “la conducta punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquella” (art. 94). Y, “Los daños causados con la infracción deben ser reparados por los penalmente responsables, en forma solidaria, y por los que, conforme a la ley sustancial, están obligados a responder” (art. 96).

De acuerdo con la citada disposición, el ordenamiento penal colombiano reconoce tres circunstancias en las cuales se configura la responsabilidad patrimonial del Estado, fruto de la condena de sus agentes: en primer lugar, la del declarado penalmente responsable, en otros términos quien han participado como autor de la conducta; esta categoría incluye al autor directo, a los coautores, al autor mediato, al autor mediato por utilización de los aparatos organizados de poder criminal, de conformidad a lo establecido en el artículo 29 del CP. En segundo lugar, la de los partícipes (determinador y cómplice, según el art. 30 CP), quienes contribuirían a la reparación de forma solidaria con el autor y; finalmente, la que alude a ‘todo aquél que deba responder’ de conformidad con la ley sustantiva.

Siendo la última la que mayor dificultad genera por su indefinición. Sin embargo, ante tal aparente ambigüedad,, desde un razonamiento lógico y sistemático, se tiene en cuenta el capítulo del CP en el cual se ubica, “De la Responsabilidad civil derivada de la conducta punible”, el cual, conduce a creer que se trata de las normas sustantivas que establece el CCC (Velásquez, 2009, pp. 1211-1225; y Espitia, 2010, pp.158-159), aunque también podría ser la responsabilidad civil de la administración que contiene el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo (CPACA), además coincide con el objeto de búsqueda, es decir, con la norma que inspira la responsabilidad civil subsidiaria, en primer lugar, de los particulares y, en segundo, del Estado.

### **La aceptación de la administración como tercero civil responsable en el derecho del proceso penal español y su negación en el proceso penal colombiano.**

El fundamento jurídico del tercero civil responsable en el proceso penal colombiano se establece, por una parte, a partir del concepto de responsabilidad civil directa del artículo 2341 (CCC: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”), que alude de forma exclusiva a las personas jurídicas del sector privado por el hecho cometido por sus dependientes en el ejercicio de la actividad propia del objeto social de la persona jurídica, en el entendido de que el actuar de la persona moral se concreta en el obrar de sus integrantes o directivos; y, por otra parte, la responsabilidad civil indirecta por el hecho cometido por aquellas personas que están bajo su cuidado que establece el

artículo 2347 (CCC: “Toda persona es responsable, no solo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño sino del hecho de aquellos que estuvieran a su cuidado”), distinción que se hace necesaria en virtud de las consecuencias, que una y otra, tiene con respecto a los requisitos para determinación de responsabilidad y al tiempo de prescripción de la acción (Córdoba 2013, pp. 57-81).

La Corte Constitucional (Sentencia C-425, 2006), en una inadecuada y confusa interpretación considera que el tercero civil responsable solo tiene fundamento en la responsabilidad indirecta o refleja, véase:

La disposición demandada alude entonces a una responsabilidad indirecta o refleja, en contraposición con la directa o propia. Sobre el particular en el Código Civil de Napoleón, en su artículo 1384, como lo comentan Planiol y Ripert se estableció que, en ciertos casos excepcionales, la ley establece una obligación de reparar el daño causado por otro sin que la víctima tenga que probar la culpa del responsable; en los demás casos, la condena a reparar un daño causado por otro supone la prueba de una falta en la ejecución de una obligación que nos incumbe personalmente o *culpa in vigilando*. Así, los hermanos Mazeaud explican que, en el caso de los daños causados por menores de edad, la culpa próxima es el hecho de estos últimos, quienes se encuentran bajo el cuidado de otra persona, en tanto que la culpa lejana o remota, pero determinante en relación con el daño, es aquella del padre o tutor, quienes habiendo podido evitar el perjuicio, no lo hicieron”. Posición que no comulga con una tradición jurídica sólida como se ha venido advirtiendo, en especial a la tesis de la responsabilidad directa de las personas jurídicas, cuando los hechos han sido cometidos por sus agentes en el cumplimiento del objetivo social o funcional.

A la citada abstracción se llega gracias a la lectura del artículo 107 del Código de Procedimiento Penal (CPP), cuando menciona que el tercero civilmente responsable es la persona –natural o jurídica– que según la ley civil debe de responder por el daño causado por la conducta del condenado, lo cual podría indicar *prima facie* que no cabe la posibilidad de vincular a las personas jurídicas de derecho público, en cuanto estas no están obligadas a responder según la ley civil, sino de acuerdo a la ley contencioso administrativa, sin embargo, no se puede olvidar que el fundamento de la responsabilidad patrimonial de la administración es la ley civil, como en precedencia se anotó. De todos modos, no queda claro si es posible tener como tercero civil responsable a la administración, más cuando ciertos antecedentes normativos contenían la prohibición expresa en la materia (Art. 58 inciso 2 del Decreto 050 de 13 de enero de 1987), lo que podría llevar a concluir que el legislador colombiano mantiene una regla fija de que la administración solo sea vinculada como presunto responsable patrimonial por vía de la jurisdicción especial, establecida a partir del año 1964, cuando con el Decreto 528 se atribuyó a la jurisdicción de lo contencioso administrativo el conocimiento de las controversias sobre la responsabilidad de la administración.

Es de resaltar que sobre el punto específico –es decir sobre la posibilidad de vincular a la administración como tercero civilmente responsable en el proceso penal para que responda subsidiariamente por los daños causados por sus agentes

cuando han cometido delitos dolosos o culposos en el ejercicio de su función-, no existe en Colombia normativa, jurisprudencia, ni doctrina en esa línea, salvo una resolución de la Fiscalía General de la Nación (FGN) del año 1995 donde se niega de forma rotunda esa posibilidad (Espitia 2010, p. 162). Pareciera que el tema es del todo ajeno a nuestro sistema jurídico; de hecho, esa fue una de las razones por las cuales se optó por analizar el derecho español, donde el asunto tiene una regulación expresa que ha generado abundante jurisprudencia y doctrina.

En cuanto a la LECrim española, el artículo 615 de ese ordenamiento contempla una cláusula general de responsabilidad subsidiaria al afirmar que, si durante la instrucción del sumario se señalara la responsabilidad civil de un tercero, tal como lo contempla el Código Penal (artículos 109 a 122 del CPE), procederá exigir fianza o embargo de los bienes. Esta regla se corresponde con lo establecido por el artículo 100 *ibidem*, cuando decreta que de todo delito nace una acción penal para el castigo del culpable, del mismo modo que surge una acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios causados. Así las cosas, el sujeto obligado a responder civilmente, en primer lugar, será el declarado culpable de la comisión del delito; en otros términos, los autores y cómplices –aunque entre ellos exista una responsabilidad solidaria–, luego de lo cual corresponde el turno a los sujetos que a pesar de no haber tenido ningún participación en el delito, pero que si tienen una especial relación jurídica con el lugar donde se cometió el hecho o con los autores, responderán civilmente en el exclusivo evento de que los comprometidos directos se hayan declarado en insolvencia total o parcial (Palomo 2008, pp. 293-334). Esta última autora señala:

En los supuestos de responsabilidad plural, es decir, cuando sean dos o más los responsables de un delito o falta, el art. 116.1 CP prescribe que el órgano jurisdiccional determinará la cuota por la que cada uno de ellos deberá responder. El CP no establece qué criterios han de seguirse para esa determinación de cuotas, pero parece lógico entender que la cuantía de éstas responda al mayor o menor grado de incidencia de la conducta de cada uno de los responsables penales, en la producción del daño a reparar o a indemnizar (Palomo, 2008, pp. 293-334).

En punto a la responsabilidad civil subsidiaria de la administración –específicamente: El Estado, las Comunidades Autónomas, las Provincias, las Islas, los Municipios y demás Entes Públicos– se deben tener en cuenta unos requisitos especiales. Para el primer supuesto, es decir cuando la administración es titular del establecimiento en donde cometió el delito y las personas que lo dirijan o administren, o sus dependientes o empleados, hayan inobservado los reglamentos de policía o las disposiciones de las autoridades, se debe establecer: 1) La ocurrencia de un delito de acuerdo a la parte especial del CPE; 2) que el lugar de comisión de la conducta delictiva sea el establecimiento a cargo de la administración; 3) que el director, administrador, dependientes o empleados haya omitido alguna regla de policía o autoridad; y, 4) que exista una relación de causalidad entre la infracción reglamentaria y el delito, de tal manera que la omisión sea determinante en la producción del resultados delictivo.

En cuanto al segundo supuesto, es decir, frente a la responsabilidad patrimonial de la administración por los daños causados por sus agentes en ejercicio de las funciones públicas, se requiere: 1) la existencia de un delito doloso o culposo; 2) que el sujeto activo de la acción penal tenga un vínculo jurídico con la administración; 3) la actuación en ejercicio de las funciones públicas o en el desempeño del cargo y; 4) la conexión directa entre el daño y el funcionamiento de los servicios públicos (Palomo, 2008, pp. 293-334); y, por supuesto, una última, la infaltable declaratoria de responsabilidad del penalmente responsable en firme.

De esta manera, ha quedado planteado como concepto genérico la regulación normativa a partir de la responsabilidad patrimonial de la administración; al mismo tiempo, la responsabilidad subsidiaria y la figura jurídico-procesal que permite la vinculación al proceso penal por lo menos en el derecho español, porque a partir del análisis normativo se ha establecido que, en Colombia, la institución de la responsabilidad civil subsidiaria es inexistente.

### La discusión actual en la doctrina

De todo lo visto hasta el momento se deriva que a la administración le corresponde reparar los daños causados a los particulares, cuando sus agentes han cometido delitos dolosos o culposos en el ejercicio de funciones o cargos públicos, pues la época de la irresponsabilidad de Estado –propia de los sistemas de gobierno monárquicos–, está desde antaño superada, es decir, el principio de *“the King can do not wrong”* (el rey no puede cometer ilícitos) no aplica en el sistema jurídico colombiano desde el año 1896 cuando la CSJ entendió que el Estado “sí está obligado a las reparaciones civiles por los daños que resultan de un delito imputable a sus funcionarios públicos, cuando no es posible que estos los resarzan con sus bienes” (Rodríguez, 1998, p. 376) y, en el español, a partir de la vigencia de la LEF en el año 1954 (García de Enterría, 1999, p. 361). No obstante, Fernández (2015, p. 13) anota como antecedente concreto y puntal de la responsabilidad del Estado lo dispuesto en la Ley de 9 de abril de 1842, mediante la cual se estableció la obligación de la administración de reparar los daños causados en la primera guerra carlista.

Ahora bien, para nadie es un secreto, que la responsabilidad patrimonial de la administración tiene su fundamento en el derecho privado, con el que además comparte su cometido de reparar los daños causados (Fernández, 2015, p. 11). De ahí, que se diga que ésta es directa, al estar fundada en el concepto técnico-jurídico de responsabilidad por el “hecho propio o personal”, en el cual se interpreta que el daño: “...es causado en forma directa por la conducta del hombre mediante el empleo de su energía muscular o síquica...” (Valencia & Ortiz, 1998, pp. 212-213). En el caso de las personas jurídicas, la actuación de sus agentes debe de ser considerada como actos propios de la administración, siempre y cuando, se mantenga vínculo jurídico de dependencia (García de Enterría, 1999, p. 368). Ello, debido a que la persona jurídica y sus agentes o funcionarios constituyen un todo inescindible, de tal forma, que “la culpa personal de un agente dado compromete de manera inmediata a la persona jurídica” (Rodríguez, 1998, p. 378).



También, tiene como característica esencial, además de ser directa, la de que es objetiva o de pleno derecho en la medida en que prescinde de cualquier factor psicológico como el dolo o la culpa, por lo que solo se requiere un daño causado a otro y la posibilidad de imputarlo a la actividad del sujeto. Tesis fundada en la necesidad de saber quién debe soportar el daño: si se dice que es la víctima a quien le corresponde, porque en la conducta del autor no se acreditó el dolo o la culpa se comete una injusticia aún mayor, como lo pregonan el principio de no responsabilidad sin culpa –hoy llamada teoría de la responsabilidad subjetiva (Mir, 2002, p. 154), en el que lo determinante no es el daño, ni la imputación, sino la culpabilidad del autor, de tal manera que si no hay voluntad en la acción no hay obligación de reparar. Por el contrario, la objetiva o de pleno derecho implica que cada cual debe soportar las consecuencias de sus propios actos, por lo tanto el daño debe ser asumido por el sujeto activo sin que sea significativa la intención (Valencia & Ortiz, 1998, pp. 156-157).

Ya en el plano del derecho administrativo, la responsabilidad objetiva o de pleno derecho o de riesgo ha sido admitida de manera global, es decir, para todas las actividades y niveles de la administración, con la finalidad de atender los resultados lesivos ocasionados por el riesgo especial –creado o dominado– por la administración para el cumplimiento de los fines del Estado; ello también para garantizar el principio de igualdad que tienen las personas ante las cargas públicas, de tal manera que frente a las actividades de la administración todos los ciudadanos obtengan los mismos beneficios, por lo cual no es justo que los daños causados en el ejercicio de éstas, recaigan sobre unos pocos, cuando todos se benefician. Y, finalmente, para garantía patrimonial de los administrados en la medida en que el Estado tiene que indemnizar siempre que se produzca un daño que el ciudadano no esté obligado a soportar, por lo que se hace más importante la víctima que la conducta de la administración (Mir, 2002, pp. 186-186).

Adicional a lo anterior, es una responsabilidad *aquiliana o extracontractual* en atención al tipo de derechos que se desconocen, a título de ejemplo, la propiedad, la vida, el honor, etc. (Fernández, 2015, p. 12). Además, “proviene de la ley, y opera en la órbita social, pues es el fundamento de la vida social del hombre” (Emiliani, 2001, p. 426), a diferencia de su antagónica, la responsabilidad civil contractual, que regula las relaciones contractuales de las partes y la fuente es la autonomía de la voluntad. En consecuencia, los primeros pueden ser desconocidos por cualquier persona –incluida la persona jurídica “Estado”–, en contradicción del segundo, en el cual solo pueden hacerlo las personas que suscribieron el contrato, sin olvidar, que el Estado puede ser una de ellas (Valencia & Ortiz, 1998, p. 151).

Ahora bien, el tema de especial atención es la responsabilidad civil subsidiaria de la administración, la cual contiene los mismos elementos clasificadores vistos en precedencia; en otros términos, es directa –por el hecho propio–, objetiva –prescinde por completo de cualquier elemento subjetivo del autor– y proviene de actuaciones diversas al acuerdo de voluntades entre la administración y los particulares –extracontractual–. Y está direccionada a evitar a los perjudicados por

el daño situaciones de desamparo producidas por la insolvencia total o parcial del directamente responsable, de tal manera que permite vincular a la persona jurídica o pública, que pese a no ser responsable del delito sí puede ser obligada al pago de la indemnización que corresponda al particular que sufrió el daño, ello en la medida que el riesgo especial (creado o administrado) por el Estado, pese a que lo desarrolle el penalmente responsable, es éste quien finalmente se beneficia (Soto, 1996).

Para Soto (1996) es indispensable resaltar que esa garantía ofrecida por la administración a las víctimas –propia de un Estado de Social y Democrático de Derecho (art. 1º.)– de asumir la responsabilidad por los delitos dolosos o culposos cometidos por los agentes de Estado, requiere del análisis de dos circunstancias presentes. Por un lado, la relación jurídica o de hecho entre el responsable penal, y el responsable civil subsidiario; al respecto señala:

Deviene indispensable un acuerdo de voluntades mínimo en virtud del cual la actividad o actuación del responsable penal queda sometida a la potencial intervención del principal, lo que revela la subsistente exigencia, aunque sea en mínima medida, de una huella de reprochabilidad en la conducta del llamado a responder civilmente por otro. Ello va implícito en el requisito a que constantemente alude la jurisprudencia, al tiempo de configurar la responsabilidad civil que nos ocupa, de que el infractor y el responsable civil subsidiario se encuentren ligados por una relación jurídica o de hecho, un vínculo en definitiva en virtud del cual el culpable penalmente hablando se halla bajo la dependencia del principal. El servicio, misión o función han de estarse ejecutando con el conocimiento, consentimiento, anuencia o complacencia del supuesto responsable civil (s/p).

Entonces, plantea dos exigencias frente al punto, la primera que exista un vínculo jurídico o de hecho entre el penalmente responsable y el tercero civil del cual se derive un grado de dependencia del primero al segundo que a la postre demande su intervención. De tal manera, que el responsable civil mantenga un conocimiento de las actividades o actuación pública que desarrolla el culpable penal, el cual implica, según Soto (1996) una “huella de reproche”; y, en segundo lugar, la misión o función que realiza en servidor público haya sido entregada por el responsable civil o por la ley.

Desde luego, ese último planteo en el sentido de que se requiere la existencia de un vínculo jurídico o de hecho entre el penalmente responsable y el tercero civil podría ir en contradicción con lo dispuesto en el artículo 122 de la CC cuando refiere: “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento...”, de tal forma que no se podría generar una responsabilidad patrimonial del Estado por una relación de hecho entre el Estado y un particular.

Por otro lado, que la comisión del delito doloso o culposo que causó el daño al particular haya surgido del ejercicio normal o anormal de las funciones, tareas o cargos entregados o encomendados por la administración al penado, lo que también incluye la extralimitación de funciones. Esto porque si se carece de ésta, por más que el delito haya sido cometido por el funcionario o empleado público, no existirá responsabilidad subsidiaria como ocurre cuando, por ejemplo, se trata de

crímenes pasionales que cometen los servidores públicos incluso con los elementos entregados para el ejercicio de la función (Parada, 2000, p. 658).

Finalmente, la forma mediante la cual la víctima o su apoderado conminen la participación de la administración en el proceso penal para que responda por los daños y perjuicios causados por sus agentes cuando han cometido delitos dolosos y culposos, es mediante la vinculación como tercero civilmente responsable (Bernal, 1984), por lo menos en el caso español pues tanto el CPE y la LEcrim contienen una regulación detallada que lo permite, pues en Colombia no es posible como se afirmara en precedencia y, como lo señala la FGN, mediante decisión del 27 de septiembre de 1995 emanada de la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia (Espitia, 2010, pp. 159-162), en uno de los escasos pronunciamientos que sobre la materia existen.

Esta decisión, que emplea argumentos poco aceptables en cuanto a los derechos de las víctimas se refiere, se apoya en el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil (CPC) según el cual los magistrados y jueces (aunque el espectro de funcionarios y empleados que hacen a la administración responsable patrimonialmente es mucho más amplio) son responsables por los perjuicios que causen a las partes cuando actúan con dolo, fraude o abuso de autoridad, cuando omitan o retarden injustificadamente una providencia o el correspondiente proyecto o por error inexcusable, ante lo cual el afectado podrá pedir la indemnización por vías del proceso civil ordinario regulado en la misma norma; por lo tanto, no había lugar a admitir a la administración en el proceso penal. Sin embargo, esa no era la razón de fondo sino la de que las características propias de la responsabilidad estatal impiden vincular al Estado como tercero civilmente responsable. Al respecto se ha dicho:

Tras un largo proceso de decantación jurisprudencial, es hoy ya lugar común afirmar que la responsabilidad del Estado por actos, hechos u operaciones administrativas es directa por falla en el servicio, así tal falla además pueda ser atribuida subjetivamente a alguno de sus agentes, como también está ya claro en la jurisprudencia del Consejo de Estado que la fuente no está definitivamente en las reglas de la responsabilidad extracontractual prevista por el Código Civil, sino que ella deriva directamente de la CPol, en cuanto ésta le señala al Estado unos fines que son los que orientan su actividad y cuyo incumplimiento puede dar lugar a una falla en el servicio que a su vez eventualmente ocasiona daños particulares que deben ser indemnizados. Y como responsabilidad directa que es no puede reducirse ni asimilarse, (...) a la acción civil ordinaria ni confundirse las fuentes de responsabilidad, como tampoco se puede tener al Estado como tercero civilmente responsable de los daños que ocasionen sus agentes, porque son acusados directamente por aquel, bajo la ya pacífica teoría de la falla en el servicio público (...) Y la responsabilidad directa del Estado por falla en el servicio da lugar a la acción indemnizatoria correspondiente, solo que es una acción que únicamente puede ser instaurada ante la jurisdicción contencioso-administrativa y por lo tanto no puede ser ejercida dentro del proceso penal (Espitia, 2010, pp. 160-161).

Esta propuesta desconoce elementales principios del proceso penal, pues como lo refiere Maier (2002, p. 178) él tiene por propósito –accesorio o secundario–

realizar el Derecho civil derivado del delito, de tal forma que cuando se ejerce la acción civil reparadora en el proceso penal se aplica el derecho civil, bajo las reglas propias del proceso civil por remisión expresa de la norma procedimental penal. Además, en nada contribuye a la obligación que tiene el Estado de respetar –y de hacer respetar– los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación, reconocidos internacionalmente como en la “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas en la Resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985” (Bernal & Montealegre, 2013, pp. 694-695). Asimismo, desconoce, la abundante riqueza de las instituciones que el derecho comparado nos ofrece, tal es el caso del sistema jurídico español, del cual nuestro país ha venido nutriéndose hace más de tres décadas.

### Conclusiones y propuesta

En punto a las reflexiones que conlleva el presente análisis de la reparación al interior del proceso penal por la responsabilidad patrimonial ‘subsidiaria’ de la administración, se establecen dos conceptos: la responsabilidad patrimonial del Estado y el tercero civilmente responsable en el proceso penal, lo cual permitió hacer el examen puntual del asunto en los sistemas jurídicos colombiano y español.

Adicional a ello, se determinó que la obligación en cabeza de la administración de reparar por los daños causados por sus agentes en todos los eventos se constituye además en un derecho fundamental de los ciudadanos, en especial cuando el daño es producto de un delito doloso o culposo. Por esta razón, es un deber del Estado velar por procedimientos de indemnización expeditos para las víctimas y perjudicados en cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos por Colombia. En consecuencia, se considera que la figura del tercero civil por responsabilidad extracontractual subsidiaria de la administración en el proceso penal es un mecanismo ágil y eficaz para garantizar el derecho de reparación con un mecanismo efectivo.

Sin embargo, aunque la figura procesal del tercero civil responsable, consagrada en el CPP colombiano y en la LEcrim española, es el procedimiento más adecuado para vincular en el proceso penal colombiano a la administración, para que responda subsidiariamente por los daños y perjuicios causados por sus agentes en el cumplimiento de sus funciones o cargos, es una posibilidad que, de momento, sólo es viable en el derecho español donde existe regulación específica en la materia. En Colombia no se podría admitir al Estado como tercero civil en el proceso penal –pese a que no existe norma expresa que lo prohíba– por las siguientes razones:

En primer lugar, hay una desarticulación normativa generalizada, es decir, porque el CP es muy genérico al establecer la responsabilidad derivada del delito, dejando al libre arbitrio del intérprete si el Estado puede o no ser vinculado como tercero civil, figura que se ha aplicado sólo a casos de los particulares. El CPACA, no hace ninguna referencia sobre el particular y solo por vía de interpretación se podría llegar a esa conclusión, cuando se señala que el particular puede optar por

demandar a la administración o al funcionario, o ambos, de todas formas la administración pagará y repite contra el funcionario; sin embargo, ello solo puede ser posible en el marco del proceso contencioso-administrativo, pues otras disposiciones aisladas como la establecida en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia señalan la responsabilidad de los empleados y funcionarios pertenecientes a la administración de justicia y el artículo 40 del derogado CPC, que establecía la posibilidad de iniciar un proceso civil ordinario contra los jueces y magistrados que hayan causado perjuicios, no ofrece claridad frente al mecanismo para demandar la responsabilidad subsidiaria de la administración y en cambio, genera incertidumbre al no establecer parámetros claros.

En segundo lugar, porque esta situación ha conminado a los abogados de las víctimas en la práctica a acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ante la posición de los funcionarios de lo penal (jueces y fiscales) de abstenerse de tratar el tema, remitiendo a los afectados a esa jurisdicción ante la falta de seguridad jurídica en la materia, generando así desorientación en los usuarios y saturación de la administración de justicia, con lo cual se agrava además la condición de las víctimas.

Otro hallazgo que vale la pena resaltar consiste en que al iniciar el presente estudio se consideró que la responsabilidad civil extracontractual subsidiaria de la administración era un asunto de derecho sustantivo, luego se ha llegado a la conclusión de que tal presupuesto no existe sino que se trata de un asunto netamente procesal, es decir, que su fundamento no está en el derecho a ser reparado o quién debe reparar como se señalaba en las normas contenidas en el CCC, CCE, CP, CPE, CPACA y LRJPAC, sino cómo se debe buscar la reparación, mediante qué procedimiento –que para el caso ha sido el proceso penal que contempla el CPP y la LEcrim–, además, lo fundamental se resuelve por la responsabilidad civil extracontractual de la administración.

Ahora bien, frente al objetivo de comparar la institución en el derecho colombiano y en el derecho español, debe decirse que ya hay suficiente ilustración en el sentido de indicar que en España existe una institución jurídica sólida y tradicional de la responsabilidad patrimonial subsidiaria de la administración, la cual cuenta con una régimen normativo claro y coherente que ha permitido un desarrollo jurisprudencial y doctrinal de avanzada, de tal manera que permite a la víctima alcanzar una reparación pronta y justa, con el menor grado de trámites y escollos judiciales, al contrario, Colombia ha subvalorado esta institución del derecho comparado, olvidando que desde la vigencia de la CPol del año 1991 se acercó más al sistema de responsabilidad patrimonial de la administración del derecho español y, consecuentemente, se alejó del modelo francés que arraigaba desde finales del siglo XIX.

Por lo anterior, la propuesta de este trabajo es invitar al legislativo a incorporar en futuras reformas en los Códigos Penal y de Procedimiento Penal, una disposición concreta que autorice al juez a admitir la vinculación de la administración

pública como tercero civil responsable, solo en el evento de que el declarado penalmente responsable no cuente con los recursos totales o parciales para reparar; ello les permitiría a las víctimas de violaciones de derechos humanos acceder de una manera más pronta y directa a una reparación justa, sin olvidar los otros derechos que les asisten a la verdad y a la justicia.

En fin, debe afirmarse que no fue posible abordar otros temas de tan vital importancia que también tienen relación con el asunto objeto de estudio, por ejemplo, qué pasa con la responsabilidad patrimonial de la administración frente a figuras como el principio de oportunidad con suspensión del procedimiento a prueba o con la conformidad. También, el estudio de esta figura en los procesos disciplinarios y en el derecho penal militar en los cuales puede ser de mucha utilidad para el sistema.

## Referencias

- Armenta, T. (2010). *Lecciones de derecho procesal penal* (5 ed.). Madrid: Marcial Pons.
- Bernal, J. (1984). Intervención de terceros en el proceso penal. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal* (1), 48-59. Recuperado de <http://icdp.org.co/revista/articulo/1/JaimeBernalCuellar.pdf> y <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/362/pdf>
- Bernal, J. & Montealegre, E. (2013). *El proceso penal* (6 ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Córdoba, M (2013). Anotaciones sobre el tercero civilmente responsable en el procedimiento penal colombiano. *Revista Derecho Penal y Criminología Universidad Externado de Colombia*. 34 (96), 57-81.
- Emiliani, R. (2001). *Curso razonado de las obligaciones*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Espitia, F. (2010). *Instituciones de derecho procesal penal* (8 ed.). Bogotá: Legis.
- Fernández, G. (2015). *La responsabilidad patrimonial de la administración pública y de otros poderes públicos en el ordenamiento jurídico español*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- García de Enterría, E. (2007). *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*. Madrid: Civitas.
- García de Enterría, E. & Fernández, T. (1999). *Curso de derecho administrativo II* (6 ed.). Madrid: Civitas.
- Gimeno, V., Conde-Pumpido, C. & Garberi, J. (2000). *Los procesos penales: comentarios a la ley de enjuiciamiento criminal con formularios y jurisprudencia*. Barcelona: Bosch.

- Güechá, C. N. (2012). La falla en el servicio: una imputación tradicional de responsabilidad del Estado. *Revista Prolegómenos-Derechos y Valores* 15(29), 95-109. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4278453.pdf>
- Henoa, J. C. (2000). La responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia. En *La responsabilidad patrimonial del Estado. Memoria del seminario Internacional sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado* (pp. 105-146). México: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Maier, J. (2002). *Derecho procesal penal: I Fundamentos*. Buenos Aires: Del Puerto.
- Martín, L. (1999). Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: un balance y tres reflexiones. *Revista de Administración Pública* (150), 317-371.
- Martínez, S. (2009). La responsabilidad civil subsidiaria de la Administración derivada de acciones penales. En J. Ortíz y P. Mahillo (Coords.). *La Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. Crisis y propuestas para el siglo XXI* (pp. 199-244). Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Mir, O. (2002). *La responsabilidad patrimonial de la administración: hacia un nuevo sistema*. Madrid: Civitas.
- Palomo, Y. (2008). La pretensión civil deducible en el proceso penal. *Revista jurídica de Castilla y León*, (14), 293-334.
- Parada, R. (2000). *Derecho administrativo I*. Madrid: Marcial Pons.
- Rodríguez, L. (1998). *Derecho administrativo general y colombiano* (10 ed.) Bogotá: Temis.
- Sánchez, C. & González C. A. (2002). *Aproximaciones a una nueva visión de la responsabilidad extracontractual del Estado en materia de salud* (Tesis de grado, Universidad Javeriana, Bogotá). Recuperada de <http://javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-37.pdf>
- Sentencia C-541 (1992, septiembre 24). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Fabio MorónDíaz. Corte Constitucional. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/C-541-92.htm>
- Sentencia C-037 (1996, febrero 5). Revisión constitucional del proyecto de ley número 58/94 Senado y 264/95 Cámara, "Estatutaria de la Administración de Justicia". M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Corte Constitucional Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-037-96.htm>
- Sentencia C-333 (1996, agosto 1). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-333-96.htm>

Sentencia C-1235 (2005, noviembre 29). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Corte Constitucional. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1235-05.htm>

Sentencia C-425 (2006, mayo 31). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Corte Constitucional. Recuperado del sitio Web [http://corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2006/C-425-06.htm#\\_ftn3](http://corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2006/C-425-06.htm#_ftn3)

Sentencia (1939, agosto 21). Casación. *Gaceta Judicial* No. 2392. M.P. Hernán Salamanca. Sala de Casación Civil. Corte Suprema de Justicia.

Sentencia (1975, septiembre 27). Casación. M.P. Humberto Murcia Ballén. Sala de Casación Civil. Corte Suprema de Justicia.

Sentencia (2012, junio 14). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Recuperado de [consejodeestado.gov.co/documento/.../05001233100020020348701.pdf](http://consejodeestado.gov.co/documento/.../05001233100020020348701.pdf)

Soto, F. (1996). La responsabilidad civil subsidiaria en el proceso penal contra los profesionales sanitarios. *Derecho y salud* 4(1). Recuperado de <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3178698.pdf>

Valencia, A. & Ortiz, A. (1998). *Derecho civil de las obligaciones* (9 ed.). Bogotá: Temis.

Velásquez, F. (2009). *Derecho penal parte general* (4 ed.). Bogotá: Comlibros.

### Abreviaturas

CCA: Código Contencioso Administrativo.

CCC: Código Civil Colombiano.

CCE: Código Civil Español.

CE: Consejo de Estado.

CPACA: Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo.

CPC: Código de Procedimiento Civil.

CPE: Código Penal español.

CP: Código Penal colombiano

CPEsp: Constitución Política de España.

CPol: Constitución Política Colombiana.

CPP: Código de Procedimiento Penal.

CSJ: Corte Suprema de Justicia.



FGN: Fiscalía General de la Nación.

LECrím: Ley de Enjuiciamiento Criminal.

LEF: Ley de Expropiación Forzosa.

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.

LRJPAC: Ley de Régimen Jurídico de Las Administraciones Públicas y del Procedimiento. Administrativo Común.

TCE: Tribunal Constitucional Español.

TS: Tribunal Supremo.