

2. El Parlamento de la Comunidad Autónoma de Catalunya adoptó la primera ley postconstitucional sobre régimen local. El Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de sus preceptos más importantes. La ley fue derogada y la legislación de las Comunidades Autónomas se demoró hasta la promulgación de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local en 1985.

3. Como es posiblemente conocido, la Constitución española permite el acceso a la autonomía de las nacionalidades y regiones, sin imponer ni dicho acceso ni la asunción, en caso de hacerlo, de un "quantum" uniforme y obligatorio de competencias legislativas y ejecutivas. La concreción del modelo se ha saldado con la estructuración de la totalidad del Estado español en 19 Comunidades Autónomas, que disponen de niveles competenciales distintos.

4. El legislador estatal regulará las materias respecto de las cuales se ha sancionado, constitucionalmente, la primacía de los intereses nacionales, en aras de la unidad de la Nación (artículo 149 CE). El legislador autonómico regulará las materias respecto de las cuales la Constitución permite la primacía de los intereses de la nacionalidad o región y que han sido asumidas como propias por cada Co-

munidad Autónoma, en el Estatuto de Autonomía respectivo, que constituye su norma institucional básica (artículo 148 CE).

5. La figura de la garantía institucional ha sido incorporada por la doctrina y la jurisprudencia españolas, a través de las construcciones jurisprudenciales y doctrinales alemanas, aunque el legislador no ha incorporado, en relación a la autonomía local, la totalidad de mecanismos que esta institución conlleva en el ordenamiento alemán.

6. Las 19 Comunidades Autónomas existentes en el Estado español han asumido, todas ellas, competencias en materia de régimen local.

7. En el sistema jurídico español, el reglamento no dispone de un ámbito material propio, pero ello no excluye el reglamento independiente, en ausencia de reserva de ley.

8. El legislador español ha reconocido esa modulación de la reserva de ley derivada de la autonomía municipal y ha establecido, expresamente, su capacidad normativa en materia de precios públicos en la Ley de Haciendas Locales de 1988; de prestaciones patrimoniales (artículo 31.1 de la CE); tributaria (artículo 133.1 CE) y de seguridad pública (artículo 25.2 LBRL).

La responsabilidad por impartir justicia

Antes de 1991, el derecho de la responsabilidad se desprendía según el dicho de la doctrina, del artículo 16 de la Constitución de 1886. Se quiso así separar la responsabilidad del Estado de la responsabilidad del derecho civil, fundándolo en una norma propia. Pero a más de encontrar una fuente sustantiva independiente, se decía que aquella tenía autonomía orgánica y procesal, pues correspondía su conocimiento a un juez especializado, y se sometía a una acción consagrada en el Código Contencioso Administrativo. Fuente constitucional, juez administrativo y acción de reparación directa, era el trípode sobre el que se apoyaba este derecho de la responsabilidad.

La promulgación de la Constitución de 1991 y la consagración del artículo 90 sobre responsabilidad del Estado, que la doctrina encuentra inspirada en el mandato 106.2 de la Constitución española, vino a ser la nueva fuente normativa, esta vez ya sin discusión alguna.

La Constitución española consagra, sin embargo, dos disposiciones. La primera, ya mencionada, que reglamenta la responsabilidad de la Administración Pública; y la segunda, que regula lo relativo a la administración de justicia, que se nota bajo el artículo 121.

La diferencia de tratamiento entre los dos tipos de responsabilidad obedece a que, mientras en el primer caso siempre se trata de una responsabilidad objetiva en términos de la Constitución española, en el segundo sólo cabe una responsabilidad por falla. Pues la Carta hispana consagra dos hipótesis de responsabilidad por impartir justicia: el defectuoso funcionamiento y el error judicial.

A más que entre nosotros no hay una disposición fundamental que regule particularmente la materia, la ley estatutaria consagró adicionalmente otro tipo de responsabilidad, esa sí objetiva: la detención injustificada.

Un estudio del punto relativo a la responsabilidad por impartir justicia, que no por administrar, pues ésta no es función de tal raigambre, obliga a considerar separadamente dichas hipótesis, en los mismos términos en que lo menciona el artículo 65 de la ley 270. Por esta razón, se considerarán sucesivamente el error judicial, la detención injustificada y el defectuoso funcionamiento.

ERROR JUDICIAL

Se encuentra consagrado en el artículo 66 ya citado, cuando se dice: «... el Estado responderá[...] por el error jurisdiccional».

1. Sujeto activo

Quien puede dar lugar a esta responsabilidad debe reunir cualquiera de las siguientes condiciones:

a) Ser un empleado público, en función jurisdiccional, que pertenezca o no orgánicamente a la Rama; en caso afirmativo, que imparte justicia, salvo que se trate de un miembro de Alta Corte.

b) Un particular en función jurisdiccional (árbitro).

En el primer caso, se trata de un sujeto cualificado, porque se exige que sea una autoridad. Decir empleado público es afirmar que él cumple una función pública, en un cargo signado dentro de la estructura del Estado, previo nombramiento y posesión y con unas funciones predeterminadas en la ley que le señalan un límite a su competencia. Decir que se trata de una persona que cumple función jurisdiccional es predicar de ella que resuelve conflictos interindividuales de intereses. Decir que puede ser o no orgánicamente de la Rama es aceptar que en algunos casos la legislativa (artículo 13 de la ley 270) o la administrativa cumplen funciones judiciales, aunque lo natural es que sea la del mismo nombre quien desempeñe esta misión.

En este tema prima la condición material sobre la orgánica, y por tanto el pertenecer a la jurisdiccional no es suficiente, pues bien pueden estarse cumpliendo funciones administrativas, siendo indispensable que en cualquier caso se imparta justicia.

Pero, aun siendo de la rama e impartiendo justicia, la Corte Constitucional excluyó de esta responsabilidad, y por tanto de laposibilidad de ser sujetos activos, a las Altas Cortes.

En el segundo caso, puede ser sujeto activo de error jurisdiccional el particular que momentáneamente haya sido investido de tal

función como árbitro (artículo 13, *ibijus*). Para saber los límites de la función jurisdiccional habrá que acudir en primer lugar a los códigos de procedimiento, aunque en muchos casos es bien sabido que esas normas se encuentran fuera de ellos.

Esto, con independencia del patrimonio que se afecta y de la persona que debe ser citada ajuicio para que represente a la Nación. En el caso de los jueces y la Fiscalía, deberá concurrir el Consejo de la Judicatura'.

2. Sujeto pasivo

En este caso, sólo puede serlo quien fue parte en el proceso o incidente. Puede serlo el particular, persona natural o jurídica, nacional o extranjera, directamente afectada, que acude a la administración de justicia en derecho de acción o a defenderse; o puede serlo el tercero al proceso, que participa en él por vía incidental. No lo es el tercero que se afecta por reflejo.

Directamente afectado es quien participa como parte en el proceso, o el tercero incidental, como regla general. Aunque puede resultar siendo tal el incidentante, o el incidentado, que siendo terceros al proceso, son partes de la actuación articular.

Sin embargo, podríamos encontrar una excepción en la regla consignada en el mandato 58 del c.P.c. cuando el juez, advirtiendo colisión o fraude entre las partes intervinientes en el proceso, no lo cita oficiosamente. Aquí la sentencia produce efectos contra el tercero omitido, sin que ella se afecte por causal de nulidad, ya que no es obligatoria.

Otra hipótesis se daría en el caso del mandato siguiente, cuando el juez, advirtiendo que el poseedor real del bien es una persona distinta de la demandada, no lo cita oficiosamente.

O en el caso del tercero que no es admitido al proceso, o incidente siendo que tiene interés.

Los afectados por reflejo, como quienes resultan injuridados por el contenido de la providencia, no pueden alegar error judicial porque aquélla no los ata. El error se predica de la decisión y ella sólo tiene efectos entre quienes litigan.

3. Conducta

1. La conducta se materializa en una acción, o una omisión. Por una acción no autorizada por la ley para el caso concreto, o por una extralimitación o actividad no autorizada. Y por una omisión cuando deja de decidirse algo que se impone.

2. Esa conducta debe ser equivocada.

a) El error debe ser mayúsculo, esto es, grosero, pues no se admite cualquiera. Esto significa que la equivocación que da lugar al error judicial debe ser de mayor entidad de la que se exige para casar una sentencia. Así lo entendió el Tribunal Supremo español en providencia de 8 de noviembre de 1991³.

b) Debe tener origen en causas extraprocesales. No se admite entonces, como equivocación que dé lugar a error judicial, una interpretación errónea del derecho o de los hechos, si no es claramente arbitraria, de incuria o desaplicación⁴.

e) En ese orden de ideas, sólo se admite error judicial cuando se trata de infracción de normas rígidas de derecho, esto es, aquéllas que no admiten otra interpretación, pues, cuando se trate de normas flexibles, que admitan diversidad de criterios, no puede hablarse de manera alguna de error, porque el juzgador del proceso contencioso vea las cosas de manera diferente al intérprete original⁵.

d) Por el mismo camino, no se admite que el error estribe en la infracción de criterios de prueba. Existiendo libertad de apre-

ciación de las pruebas, conforme a los criterios de la lógica, y no una tarifa, la valoración que el juez haga de éstas, de acuerdo a su entender, no puede servir de fuente a un error judicial⁶.

4. La actividad

La actividad en función jurisdiccional del juez debe hacerse dentro de un proceso y por medio de una providencia.

1. Aquí debemos resaltar que sólo hay error judicial, cuando él se predica de un proceso, entendido éste como la sucesión escalonada de actos que tienden a la solución de un conflicto interpartes.

2. Es indispensable que el error se contenga en una providencia, que es una manifestación de voluntad del juez, dentro de la órbita de su real o presunta competencia, materializada en un documento. La providencia es una decisión que toma el juez, que trasciende la órbita de su esfera privada, para afectar a las partes o a los terceros que intervienen en un proceso y que se materializa en un escrito, y en el futuro es posible que lo haga en cualquier otro tipo de documentos.

5. La responsabilidad

La responsabilidad por error judicial siempre es por falla, pues error supone funcionamiento anormal, equivocación.

1. Falla supone funcionamiento anormal del servicio, violación del contenido obligatorio que se espera del Estado.

2. La responsabilidad que se predica del error judicial debe ser extraña a la controversia judicial previa; se distingue nítidamente de lo desatado en el proceso, pues no se trata de revisar la decisión que el juez tomó en el conflicto entre los litigantes, sino de responder patrimonialmente por una equivocación.

La decisión originalmente tomada en el proceso que resolvió la cuestión litigiosa sometida al juez permanece intangible por virtud del juzgamiento del error judicial y jamás se modificará, ni en su contenido ni en sus efectos. Ello, porque el tema a decidir, en los dos casos, es diferente. En uno se resuelve directamente una controversia, en el otro se averigua si el juez fue afectado por factores extraños que lo llevaron a un error grotesco.

Por tal razón, la condena no implica una modificación de la decisión inicial, que permanece intangible, y que de ninguna manera se revisa, pues el propósito de este segundo conflicto es el de resolver si se cometió error en el procedimiento o solución del primero. De un lado se respeta la cosa juzgada y del otro se desata una controversia con objeto distinto.

3. En principio el error judicial no puede ser anónimo, porque el ciudadano conoce su juez, y es una garantía constitucional la intermediación del juez a las pruebas y a sus juzgados, razón por la cual siempre se conocerá su identidad.

Excepcionalmente en virtud de la existencia de la justicia regional, con jueces anónimos y anónimos, podría predicarse una falla anónima, aunque no con el sentido de imposibilidad de establecer quién la cometió, sino con la imposibilidad relativa del afectado para saberlo.

6. Residualidad

Se dice que la demanda por error judicial es residual porque sólo cabe cuando no hay ninguna otra posibilidad para el accionante.

1. Ese carácter se manifiesta en la obligación que tiene éste de interponer todos los recursos a su alcance.

Recordemos que mientras en el procedimiento administrativo hay obligación de

interponer los recursos, como condición previa para acudir a la jurisdicción, no ocurre lo mismo ante ésta, donde los recursos son potestativos y no hay ninguna obligatoriedad de proponerlos.

Sin embargo, para poder demandar por error judicial, salvo el caso de afectación del derecho de locomoción, hay necesidad de probar la formulación de los recursos contra la providencia que contiene el error (artículo 67 ordinal 1º, *ibijus*).

2. ¿La carga se extiende incluso a los de carácter extraordinario? ¿Si el problema se solucionaba con un recurso de esta raigambre y no se interpone, no habrá lugar a demanda por error judicial?"

Nosotros defendimos inicialmente que: «Creemos que el ordinal comentado debe entenderse en el sentido de tener por firmes las decisiones contra las que no cabe recurso ordinario alguno, pues claro resulta que, para efectos de su ejecución, y salvo que se prestara caución en el caso de la casación, las decisiones que admitan recursos extraordinarios están en firme»»

Pero la doctrina extranjera recuerda que no basta que éstos -los recursos extraordinarios- se formulen, sino que hay necesidad -incluso- de obtener la admisión y el estudio de fondo de los mismos.

Cuando se dice que es condición para poder demandar el error judicial, que se hayan propuesto los recursos contra la decisión que lo contiene, ello significa que el error precede al recurso y no lo contrario»

3. Ello no comprende la obligación de proponer las nulidades insaneables.

En tales casos, hay necesidad de distinguir la clase de la nulidad. Si ella es saneable, la parte tiene la carga procesal de proponerla, porque si no la está convalidando. Por el contrario, si la nulidad no puede sanearse, el juez aun de oficio debe declararla, de tal manera que la parte no

ha dejado de cumplir con su carga de diligencia, y la no proposición, en tal caso, no sería obstáculo para alegarlo.

7. Firmeza de la providencia

El error judicial supone que la providencia de la que se predique esté en firme.

1. Si la hipótesis que se trata se refiere a una providencia ejecutada sin hallarse en firme, no se puede hablar de error judicial, sino de defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

La razón para defenderlo radica en que el hecho que causa el daño no es consecuencia de la decisión, tiene vida autónoma, ya que aquélla no es pasible de cumplirse.

2. Problema no resuelto aún es el de averiguar si puede alegarse el error judicial contra providencias recurridas en apelación, donde el recurso se concede en el efecto devolutivo. En tal hipótesis la providencia se cumple sin hallarse en firme.

En tal caso -nos parece-, la proposición de la demanda por error judicial tendrá que esperar la decisión del recurso de alzada, momento a partir del cual se contará la caducidad, porque su ejecución inicial se hace como medida de cautela y de economía procesal. Aquí la providencia es irresistible en beneficio de la seguridad jurídica, pero da lugar a indemnización.

3. Cuando se habla de providencias en firme se comprenden los autos y las sentencias e igualmente las providencias definitivas y las preparatorias, esto es, que no sólo se puede reclamar error judicial respecto de las decisiones que ponen fin al proceso.

8. Causales de exculpación

La ley expresamente define como causal de exculpación la culpa de la víctima y pareciera que excluyera la culpa de terce-

ros. Y el Consejo de Estado ha comprendido como tales los casos en que la víctima termina denunciada por fraude, por sus acreedores, en virtud a la provocación de su insolvencia económica 1º.

Frente a la culpa de la víctima, señalamos como causales expresas de exculpación la no proposición de recursos y la actividad de ésta que da lugar al error. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca ha definido como caso subsumible en esta hipótesis la conducta del indagado en proceso penal que incurre en versiones contradictorias 11

Pareciera que la culpa de terceros no fuese causal de exculpación y que se considerara intrascendente el error del juez provocado por un extraño.

Si la culpa de terceros no fuera excluyente, todas las hipótesis de fraude procesal serían atribuibles de responsabilidad al Estado.

Así, casi todas las hipótesis de revisión cabrían allí.

9. Llamamiento en garantía y repetición

En tanto que se trata de un error y el sujeto al que se le puede imputar directamente la conducta está completamente individualizado, no sólo es admisible sino obligatorio llamar en garantía o repetir.

10. Caducidad

La caducidad en este caso se cuenta desde la providencia que resuelva el último de los recursos admisibles propuestos.

PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD

La primera parte del mandato 414 del Código de Procedimiento Penal comprende

una hipótesis de error judicial cuando dice: «Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios», distinguiéndose tal texto de la segunda parte donde se habla de las hipótesis de exoneración por sentencia.

J. Privación de la libertad y error judicial

La privación de libertad, tal como está regulada en los artículos 68 de la ley 270 y 414 del Código de Procedimiento Penal, es un fenómeno que debe distinguirse del error judicial.

1. El error judicial se predica de aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia; la privación de la libertad se predica igualmente de una conducta de una autoridad con facultad jurisdiccional, en el curso de un proceso, materializada a través de una providencia.

La diferencia entre las dos estriba en que mientras que el primero es equivocado al que se llega por factores extraprocesales; de la segunda, se afirma una contradicción objetiva entre la decisión de la medida cautelar y la definitiva calificatoria del proceso, sea sentencia o no, en la que se concluye que el hecho no ocurrió, que el sindicado no lo cometió o que no constituye hecho punible.

En otros términos: mientras que la responsabilidad por error judicial siempre es falante, la privación de la libertad trata de un daño especial. Mientras que en el error judicial un funcionario comete un error grosero determinando una solución equivocada a una controversia, en la privación de la libertad hay la obligación de soportar, por parte del individuo, una carga, con-

sistente en ver limitado su derecho de locomoción, mientras se realiza una investigación, a cambio de recibir una indemnización monetaria, si de las luces de la misma se establece que el hecho no ocurrió, que ocurriendo no era constitutivo de delito o que el sindicado no lo cometió.

2. Hay aquí una carga: la de soportar la detención, pero un derecho, el de obtener una indemnización.

3. El error judicial abarca todas las hipótesis posibles de vulneración de derechos, ésta solo la libertad de locomoción; que igual puede ser objeto de trasgresión por un error judicial.

Tal criterio fue adoptado por el Consejo de Estado en decisión que dice que hay lugar a error judicial por privación de la libertad.

4. Dos ejemplos nos ayudan a aclarar la cuestión: si una persona es condenada a pena privativa de la libertad, en sentencia penal ejecutoriada, siendo inocente, y demanda posteriormente, obteniendo una sentencia estimatoria de estas últimas pretensiones, esto es, logra que se le reconozca la equivocación y la consiguiente condena e indemnización, no hay privación de la libertad, en los términos que precisa la segunda parte del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, pero sí hay el error judicial.

Si la providencia que califica el mérito del sumario llama al sindicado a responder por un delito y la sentencia condenatoria se pronuncia por un tipo penal diferente, cabe dentro de la hipótesis de error judicial y no la de privación de libertad.²

2. Sujeto activo

Se trata de un empleado público, en función jurisdiccional, que pertenece o no orgánicamente a la Rama, a quien le ha sido atribuida

la función de impartir justicia, sin excluir a las Altas Cortes, y con exclusión de otras autoridades o de particulares que ocasionalmente cumplan funciones públicas.

Los primeros conceptos ya fueron explicados y a ellos nos remitimos.

Basta agregar que en esta hipótesis no están excluidas las Altas Cortes, no sólo porque la restricción es de interpretación excepcional, sino porque se trata de proteger la libertad de locomoción, que bien puede afectarse por una decisión de cautela.

Igualmente se excluyen autoridades de cualquier orden que no estén cumpliendo funciones de orden jurisdiccional, y excluye a los particulares que ocasionalmente cumplan funciones públicas, porque esta posibilidad de detener no puede delegarse.

En el caso de Neiro Martínez, la Policía hace allanamientos sin orden judicial, retiene al ciudadano y lo sindicado de ser miembro de las FARC ante la Fiscalía, que lo oye en indagatoria y dicta medida de aseguramiento, para posteriormente revocar esta medida. Esta retención es por falla común y corriente de la administración, que incurre en un allanamiento arbitrario, en una retención arbitraria y en una falsa denuncia; aquí la privación de la libertad se da como consecuencia inmediata y necesaria de la actitud falante del propio Estado y el patrimonio afectado es el de la administración y no el de la Rama.³

En el caso de Henry Hurtado, el ciudadano fue retenido, aislado y torturado acusándolo de ser miembro del Ejército de Liberación Nacional.⁴

No es un atentado contra la libertad en los términos en que está concebida en la ley estatutaria, sino una retención indebida de personas por falla ordinaria.⁵

No es privación ni error judicial el atentado cometido contra las libertades públi-

cas por los funcionarios con ocasión del ejercicio de sus tareas: es una falla común.⁶

La privación de la libertad sin poner al retenido a disposición del juez comporta una falla del servicio.⁷

La doble cualificación del sujeto activo se exige igualmente aquí y sólo puede dar lugar a privación de la libertad la actividad del juez o fiscal:

a) Porque la disposición que la consagra se encuentra dentro de la ley estatutaria de la administración de justicia, y la disposición conexa forma parte de un código de procedimiento judicial, argumento que de por sí es suficiente para defender que se refiere a esa específica y restrictiva actividad.

b) Cuando la retención provenga de otra autoridad que no tenga tal competencia judicial, la responsabilidad será de orden administrativo, afecta el patrimonio de la administración y el sujeto que debe llamarse a juicio es aquél.

Por ello, cuando un empleado o empleados públicos abrogándose competencias que no tienen y proclamándose investigadores de supuestos o posibles delitos retienen a una persona sin orden judicial, incurren en una falla común y ordinaria, atribuible a la entidad a la que ellos están vinculados.

En los casos de allanamiento sin orden judicial, en el caso de falsa denuncia hecha por cualquier autoridad y en el caso de retención por supuestas y equivocadas flagrancias hay una responsabilidad por falla en el servicio.

¿Qué ocurre con la flagrancia? Si cualquiera autoridad detiene a un delincuente, está cumpliendo con un deber social y por tanto allí no hay ninguna responsabilidad. Otra cosa es que en el proceso penal se establezca que no hay tal flagrancia, que hubo malos tratos o que se demoró la entrega del nacional al juez, casos en los cuales

hay responsabilidad administrativa, no privación injusta de la libertad.

3. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo en este caso siempre debe ser una persona natural porque ella es la exclusiva titular del derecho a la locomoción.

4. Defectuoso funcionamiento

La conducta del juez en este caso es siempre activa, y nunca falente: estuvo a una persona porque se daban los supuestos para hacerlo, ella está obligada a soportar dicho perjuicio y posteriormente el mismo juez o fiscal, u otro que lo sustituyó horizontal o verticalmente, encontró que no hay hecho punible, o que el sindicato no lo cometió, o que se le da una causal excluyente de antijuricidad.

La diferencia entre las dos decisiones es lo que motiva este tipo de responsabilidad.

Cuando una persona condenada cumple la pena y vencido el tiempo de reclusión la administración olvida dejarlo libre, tal hecho omisivo no es privación de la libertad sino defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

Aquí la persona se ve injustamente retenida, no por error judicial que no lo hay, porque no se materializa en una providencia; ni por privación, que tampoco la hay, porque ella es igualmente activa, sino por defectuoso funcionamiento, porque en el proceso de impartir justicia hubo una falla que llevó a que el servicio no se prestara en forma eficiente y por razón de ella se incurrió en una omisión constitutiva de daño.

5. Responsabilidad objetiva y subjetiva

Al iniciar este capítulo adelantamos bastante sobre la naturaleza que a nuestro juicio

tiene esta responsabilidad, calificándola de objetiva. Es objetiva porque ella no valora si hubo funcionamiento anormal o no del servicio, simplemente compara la decisión cautelar (detención) con la definitiva (absolución o cesación de procedimiento) dando primacía al criterio de ésta.

Es la contradicción entre las dos la que la hace reprehensible. Tal es la posición de la jurisprudencia que calificó sin vacilaciones esta responsabilidad como objetiva.

Así lo ha ratificado el Consejo de Estado recientemente cuando defiende: «Se reitera que es un tipo de responsabilidad objetiva en la medida en que no requiere la existencia de falla en el servicio, razón por la cual no tiene ninguna incidencia la determinación de si en la providencia que ordenó la privación de la libertad hubo o no error judicial; y no es posible la exoneración de responsabilidad de la administración con la sola prueba de diligencia que en este caso se traduciría en la demostración de que la providencia estuvo ajustada a la ley».

Sin embargo, hay quienes afirman la subjetividad de este tipo de responsabilidad, esto es, que a ella se llega sólo por falla probada en el servicio.

Defender que la responsabilidad por privación de la libertad es subjetiva implica:

a) Admitir que siempre que el auto de detención se ajuste a la ley procesal, no hay lugar a responsabilidad. Si la responsabilidad es subjetiva y se prueba que la conducta del agente, fiscal, o juez es absolutamente ajustada al ordenamiento, se concluye en el entendimiento que no hay privación de la libertad, porque no hay falla del servicio.

b) El juez contencioso administrativo entra a valorar en todo caso la detención, revisando la decisión del fiscal y asumiendo una intromisión en la actividad del funcionario penal.

e) Tal posibilidad lleva a que no haya un criterio uniforme de las hipótesis de valoración, pues en cada caso el juez decide si hay o no lugar a la indemnización.

d) Un criterio de tal naturaleza omite valorar que el legislador, al comprender en el capítulo 6 del título m de la ley estatutaria los dos fenómenos en forma separada uno en el artículo 66 y el otro en el artículo 68, quiso distinguirlos, debe existir una diferencia específica entre ellos. Entender que ésta es subjetiva y que la otra igual lo es, ¿no las hace subsumibles una en otra?

Si el legislador hubiese entendido que la privación de la libertad es una clase de error judicial, así lo hubiese dicho sin separar su reglamentación.

Si el fenómeno de la responsabilidad estatal por actividad de la rama jurisdiccional se ubica allí, ¿cuál fue el criterio de clasificación? ¿Cuál es el punto de vista que sirvió para ello? Clasificar es ordenar conforme a un criterio común. ¿Cuál fue?

El legislador en la primera parte da relevancia al error; y en la segunda, para distinguirla, da relevancia al derecho protegido, ¿o acaso observó que aquí por oposición a aquella no hay error, sí daño especial, y que el factor primario es la obligación de indemnizar?

No se puede pensar que, dada la importancia de la libertad de locomoción, el legislador quiso consagrar norma expresa para ella, con independencia del error judicial, porque tal argumento cabría para derechos tanto o más importantes, como la vida o el debido proceso.

6. Indemnización

La privación de la libertad debe ser real y por tanto sólo hay lugar a indemnización cuando la persona efectivamente esté privada de la libertad.

Se excluyen así hipótesis como los casos en que el sindicato huye sin dejarse capturar o detener, o los casos en que dictándole medida cautelar, se le excarcela o cauciona. En ellos, así posteriormente se dicte la decisión del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, no hay lugar a indemnización, salvo que, se alegare y probare error judicial.

7. Indemnización de funcionarios

Para efectos de la indemnización se comprende desde la captura hasta la efectiva excarcelación, porque la ley habla de privación y no de detención injusta.

Consideramos que en el caso de empleados públicos que con motivo de dicho proceso sean suspendidos y posteriormente reintegrados, de la indemnización habrá de restarse aquello que se les solucione a consecuencia del reintegro.

En el caso de los mismos empleados que han sido retirados como consecuencia de la detención, pero haciendo uso de la facultad de libre nombramiento y remoción, la indemnización debe comprender cuando menos una suma igual a la que le correspondería al trabajador de carrera cuando se le retira sin justa causa o al trabajador particular, que se le retire a consecuencia de la detención, o al trabajador oficial con estabilidad convencional o legal.

No puede alegarse que el empleado de libre nombramiento y remoción no tiene derecho a reclamar indemnización sino por vía de impugnar el acto administrativo que lo separó del servicio, ya que ello equivale a negarle cualquier reparación en tanto que aquella decisión administrativa se conforma con la ley.

Un criterio de tal naturaleza es violatorio de la protección al trabajo y coloca al empleado público de libre nombramiento

en condiciones de desigualdad frente a los demás, hallándose en una situación particularmente semejante.

8. Llamamiento o repetición

Siendo una responsabilidad objetiva donde no se valora la conducta del agente, no hay razón de llamar en garantía ni posibilidad de repetir, porque por definición no hay ni dolo ni culpa.

9. Hipótesis que no encajan en la privación de la libertad

Se dice que no hay lugar a indemnización:

a) No hay lugar a indemnización por este hecho, así se diga que el hecho no ocurrió, que no era hecho punible, o que el sumariado no lo cometió, en los casos que se consideran constitutivos de culpa de la víctima cuando ésta con su conducta da lugar a la retención, como que es la actividad de la víctima la que da lugar a que los acreedores lo denuncien por fraude procesal".

b) Tampoco hay lugar cuando la retención tiene su fundamento en absolución por falta de prueba".

e) Cuando se absuelve al sindicado, por razones distintas a cualquiera de las hipótesis del artículo 414 C.P.P. no hay lugar a indemnización y si se quiere debe probarse el error judicial".

10. Caducidad

La caducidad de la libertad se cuenta desde la ejecutoria de la providencia que declare que el hecho no ocurrió, que el sindicado no lo cometió, o que no constituye hecho punible.

DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

El defectuoso funcionamiento se distingue de la privación de la libertad porque:

a) Aquí la responsabilidad se predica de una equivocada actuación material, no de una providencia²⁷.

b) La responsabilidad es por falla y no objetiva.

e) Afecta cualquier derecho y no sólo el de locomoción.

d) Porque el sujeto activo es cualificado simple y no doble. Simplemente puede ser un servidor público, que no tiene funciones jurisdiccionales.

El sujeto activo es indiferente, puede ser un servidor público, puede ser un auxiliar de justicia o puede tratarse de una falla estructural.

1. No es necesario identificarlo, puede ser indeterminado, puede tratarse de una conducta anónima, o una falla estructural como consecuencia de la incapacidad de la organización judicial para responder a conflictos que se le presentan para solución".

2. El sujeto pasivo puede ser cualquier persona natural o jurídica.

3. La conducta puede ser activa, ornativa o por extralimitación.

4. Responsabilidad por falla. En esta hipótesis, como en la de error judicial, la responsabilidad es por falla o falta, esto es, por defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

5. Hipótesis que comprende el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. Se incluye toda violación al debido proceso por limitación al derecho de acceso a la justicia o al derecho de defensa o la demora en el trámite o, en general, el mal funcionamiento de orden administrativo.

6. Entre los casos que la Jurisprudencia ha tenido ocasión de conocer, se encuentran los siguientes:

a) Persona que permanece retenida después de vencido el tiempo de reclusión. En este caso, como ya lo explicamos, no se trata de detención injusta de la libertad ni de error judicial sino de defectuoso funcionamiento, pues la administración de justicia funciona mal.

b) Providencia en firme que no se ejecuta. Como cuando se ordena hacer un lanzamiento y éste no se lleva a cabo porque la autoridad policiva encargada de la misma no lo hace²⁹; secuestro de vehículos que nunca se practica, siendo que el juez ha ordenado previamente la retención". Aquí la autoridad administrativa encargada de ejecutar oficio de autoridad jurisdiccional por comisión.

e) Rematante que recibe el bien deteriorado. En este caso se dice que la responsabilidad se limita a los deterioros causados entre la fecha del remate y de la entrega porque el subastador debe conocer el estado del bien en el momento en que lo adquiere³¹.

d) Nulidades de remate dentro de procesos de ejecución

- Cuando se declara la nulidad por falta de competencia por existir quiebra contra el deudor demandado que inhibe al juez para seguir conociendo del proceso³².

- Cuando se declara la nulidad porque se rematan bienes indebidamente embargados, que se han puesto a disposición de este proceso estando embargados y secuestrados por cuenta de otro que le precedió³³.

Si en el proceso aparecen constancias de estos hechos no hay responsabilidad de la administración de justicia, porque se considera que hay culpa de la víctima.

e) Pago equivocado de títulos de depósito judicial, porque se cobran fraudulentamente por terceros distintos de los beneficiarios".

f) Prescripción de la acción civil por no notificación a tiempo del demandado, que le permite que no se interrumpa el término correspondiente con la presentación de la demanda. En este caso para que se configure es indispensable que el actor haya cumplido todas las cargas que procesalmente se le imponen con absoluto rigor³⁵.

g) Prescripción de la acción penal. Cuando el proceso penal termina por prescripción de la acción se ha dicho:

- Si se alega desidia en los jueces hay obligación de probarla, pues se presume la congestión en sus oficinas. La carga de probar que el proceso prescribió porque el juez fue moroso le corresponde al actor".

- Cuando el proceso penal prescribe porque se presentan dudas en torno a la competencia territorial de dos jueces que se remiten recíprocamente el conocimiento de la causa, se dice que allí puede darse una falla estructural, puesto que la ley no ha precisado en detalle el territorio que le corresponde a cada uno y por tanto la responsabilidad es del Estado, pero anónima.

- Finalmente se defiende que la declaración de prescripción de la acción penal no conlleva la fulminación de la acción civil conforme al artículo 108 del Código Penal, pues, a pesar de que allí se dice que la acción civil prescribe en tiempo igual al de la acción penal, ello supone que haya delito, declaración que sólo se da en la sentencia condenatoria³⁷.

h) Pérdida de expediente con proyecto de sentencia favorable a los intereses del demandante que se quema en palacio de justicia³⁸.

Sin embargo, hay hipótesis donde el punto es muy discutible:

Jueces contenciosos administrativos y laborales que se declaran incompetentes

para decidir un conflicto de carácter laboral. Ocurre que una persona demanda ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, alegando su calidad de empleado público y allí le proponen la excepción de falta de jurisdicción, la que le declaran probada.

Demanda enseguida ante la jurisdicción laboral, y allí le declaran probada la misma excepción".

Si tenemos en cuenta que la competencia se determina por el contenido de las pretensiones, y el actor en este caso sí reclamó ante el juez laboral que se declarara la existencia de un contrato de trabajo y pidió ante el juez contencioso que se anulara un acto administrativo de despido, con independencia del contenido de la verdadera relación existente entre el actor y el establecimiento público demandado es claro que aquí se trataría de un error judicial.

Si las pretensiones de los dos procesos son comunes, porque así se permite en los procesos de responsabilidad y la jurisdicción se modifica en consideración a la persona del demandado, se trataría indudablemente de un defectuoso funcionamiento del aparato judicial, que no tiene unos mecanismos que permitan resolver los conflictos negativos de jurisdicciones, pues los hay de competencia.

Hay, así mismo, hipótesis en que no se trata de defectuoso funcionamiento:

a) Personas retenidas en las cárceles que mueren o sufren lesiones. Cuando la muerte del recluso o sus lesiones se causan dentro del penal o en el traslado a los juzgados, la responsabilidad es administrativa y no judicial, porque aunque está recluso por disposición de un juez, éste lo ha entregado en depósito a la autoridad administrativa encargada de su depósito, y por ello se trata de una responsabilidad objetiva, por riesgo excepcional, con cargo a la administración pública". Trátase de una demanda

contra el municipio de Vergara, Cundinamarca, por la muerte de unos reclusos en la cárcel municipal, donde éstos se encontraban reclusos por cuenta del juzgado de dicha población, habiendo sido sacados por desconocidos y ejecutados en otro lugar, no obstante estar custodiados por un guardián municipal.

Distíngase aquí el caso en que el recluso muere porque el juez no le concede libertad provisional en atención a su edad, o al estado de salud, caso en el cual ocurriendo el hecho dentro del penal la responsabilidad es judicial⁴¹.

b) En el caso de mercancías que se secuestran y se entregan al Estado para su custodia, o de aviones que se entregan a la Fuerza Aérea, o barcos a la Armada, u otros vehículos a la policía, mientras se realiza la investigación penal, y estos objetos resultan vendidos por la administración o perdidos o deteriorados: a pesar de estar a disposición del juez, la responsabilidad es del secuestro que es administrativo y el llamado a responder patrimonialmente es la propia administración⁴².

Distíngase el caso del secuestro nombrado por el juez que dispone de los bienes o los deteriora, caso en el cual la responsabilidad sí afecta el patrimonio de la Rama⁴³.

c) Levantamiento defectuoso de medida cautelar sobre bienes. Cuando se trata de bus embargado en proceso penal cuya medida de cautela se levanta que dice que ello podría dar lugar a probar error judicial⁴⁴.

7. Repetición y llamamiento en garantía. Al paso que en el caso de error judicial es casi indispensable llamar en garantía o repetir y que en el caso de privación injusta de la libertad esta hipótesis es improbable, aquí la situación depende de si la falla es atribuible a una persona en particular o resulta ser anónima.

8. Campos inexplorados. En la medida en que se avance en el desarrollo de la Constitución Política de 1991, y el derecho a que el Estado responda patrimonialmente por las actividades de impartir de justicia, habrá ocasión de desarrollar otros temas que tienen que ver con el que se plantea a lo largo de este escrito:

1. Derecho al libre acceso a la justicia. Se planteará, entonces, que hay lugar a responsabilidad por impedir el derecho al libre acceso a la justicia; hoy en día los organismos internacionales aseveran que en materia penal el sistema judicial no debe garantizar la impunidad⁴⁵.

Igualmente habrá la posibilidad de reconocerla cuandoquiera que se demuestre parcialidad en los jueces o falta de protección a los testigos de los crímenes⁴⁶.

No es imposible que en un futuro se demande la responsabilidad del Estado por dificultad de acceso a la justicia a grupos étnicos o geográficos porque no se dan las condiciones de acudir ante los jueces dada una ubicación geográfica distante, o la inexistencia de vías de comunicación, o la diferencia cultural, lingüística o étnica, entre el juzgador y el juzgado.

En estos puntos hay que significar que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas considera que la admisión a juicio de responsabilidad, y que aun la sentencia condenatoria proferida contra el Estado por parte de un Tribunal Contencioso Administrativo, no es un recurso efectivo y adecuado al tenor del párrafo del artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, negándole a esta decisión el carácter judicial⁴⁷.

Según ello, a pesar que el Estado haya sido condenado por un Tribunal contencioso especializado, donde se dispuso el pago de una cantidad de dinero a título de perjuicios, no significa acceso a la justicia.

2. Otra fuente de responsabilidad en el futuro será la violación del derecho de Defensa, particularmente en materia penal, que organizaciones no gubernamentales predicen de la jurisdicción de orden público⁴⁸.

3. Otro tema por explorar es el de plazo razonable, que en Colombia es un problema estructural.

El derecho a un plazo razonable está consagrado expresamente en el artículo 61. de la Convención Europea para los Derechos Humanos y significa que la causa, sea penal, civil, laboral o administrativa debe ser resuelta dentro de un término acorde con su complejidad y con el grado de desarrollo del Estado⁴⁹.

La jurisdicción europea no admite como causal de exculpación la demora estructural, en otras palabras, el defenderse afirmando que es un problema generalizado y que tiene origen en la debilidad de respuesta institucional. Tal carencia —se dice— es signo agravante de la responsabilidad.

Usualmente en Colombia los procesos se demoran indefinidamente y buen número de ellos termina en la declaración de prescripción en los casos penales, o con sentencias inhibitorias en otros.

Es probable que en un futuro inmediato se presenten causas sobre este punto".

Como se ve, el panorama de la materia admite aún mayor preocupación.

ADDENDUM

Estando el presente artículo en vía de impresión, el Gobierno Nacional promulgó el 7 de julio de 1998 la ley 446, que en su artículo 36, modificatorio del artículo 128 del actual Código Contencioso Administrativo, asignó al Consejo de Estado en única instancia las acciones de repetición contra el fiscal general de la Nación, los magis-

trados de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo Superior de la Judicatura, de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, de los Tribunales Administrativos y del Tribunal Penal Militar, y a la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, las acciones de repetición contra los magistrados del Consejo de Estado.

Esta disposición acogió varios de los criterios defendidos en el artículo y abrió nuevos interrogantes. En cuanto a lo primero, reconoció expresamente la posibilidad de repetir contra los magistrados de las altas cortes, rechazando así la jurisprudencia de la Corte Constitucional que expresamente la exceptuaba, y acogiendo así el criterio defendido, dentro del texto, y acogido por el Consejo de Estado, a propósito de decisión condenatoria contra el Consejo Superior de la Judicatura, y por el Tribunal de Cundinamarca en decisión absolutoria, pero de fondo, contra decisión de la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Se acepta igualmente con la nueva disposición que los funcionarios allí citados, particularmente los que conforman la Rama Jurisdiccional del poder público, no responden personalmente por sus hechos y actos como tales, sino que lo hacen frente al Estado en acción de repetición, reconociéndose así la derogatoria del artículo 40 del Código de Procedimiento Civil.

De otro lado, el artículo no precisa si la competencia del Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, para conocer de los asuntos a que hemos hecho referencia, lo es en Sala Plena o por intermedio de la Sección especializada. Obsérvese que la competencia de la Corte Suprema para conocer de los asuntos contra los magistrados del Consejo de Estado lo es en Sala Plena, al paso que la competencia que se le asigna al Consejo de Estado

no dice nada expresamente, y forma parte de un artículo donde se mencionan las distintas competencias de aquél órgano en única instancia, bajo el entendimiento en todos los demás casos que ellos corresponden, ordinales 1º a 11 y 13, a las secciones especializadas, como ha sido de común ocurrencia hasta hoy.

BENJAMIN HERRERA BARBOSA
Magistrado
Tribunal Administrativo de Cundinamarca

1. CoRTE CoNSTITUCIONAL. Sentencia C-037-96, p. 160.
2. CoNSEJO DE ESTADO, 3ª, Suárez, enero 23 de 1997, Exp. 12.600, Jaime Olarte Durango.
3. RICARDO DE ANGEL. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Madrid: Civitas, 1993, p. 493.
4. *Ibidem*.
5. En contra IGNACIO DÍEZ-PICAZO. *La responsabilidad de los Jueces*. Madrid: Civitas, 1990, p. 50. «Esta doctrinajurisprudencial no puede quedar exenta de crítica. La eventual rigidez o flexibilidad de una norma no puede constituir un criterio decisivo a efectos de la apreciación de la culpa del juez, en el sentido señalado por el Tribunal Supremo, esto es, que mientras la rigidez de un precepto aporta un buen indicio del error culpable del juzgador, la flexibilidad (concepto harto discutible y a su vez flexible) excluye absolutamente la culpabilidad del juez en la aplicación de las normas. Es perfectamente concebible la aplicación culpable de una norma flexible».
6. DE ANGEL. *Op. Cit.*, pp. 495-6.
7. IGNACIO DÍEZ-PICAZO. *Op. Cit.*, p. 70.
8. BENJAMÍN HERRERA. "La responsabilidad del Estado". *Revista Derecho del Estado*, N° 1 (enero 1997), p. 91.
9. En el caso de María Londoño de Berna! donde se formuló este requisito, pareciera que aquí la hipótesis concreta sea diferente a la expresión teórica, pues el error que se predica es de la sentencia de casación y la indebida formulación del recurso se dice del interpuesto contra la sentencia de segunda instancia; esto es, aquí el error es posterior al recurso. CONSEJO DE ESTADO, 3ª, Betancur, diciembre 12. Exp. de 1996, 10.600.
10. CONSEJO DE ESTADO, 3ª, Montes, marzo 29 de 1996, Exp. 8.455, Javier Tell o.

11. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDJNAMARCA, 3ª., Alvarez, diciembre 5 de 1996, Exp. 10.909.
12. En contra de ello. TRIBUNAL, 3ª, Guerrero, abril 11 de 1996, Exp. 8.270.
13. CONSEJO DE ESTADO, 3ª, Suárez, junio 30 de 1994, Exp. 9.734, Neiro José Martfnez. En: *Anales* 137, 2ª parte, p. 424.
14. CONSEJO DE ESTADO, 3ª, Suárez, octubre 13 de 1994, Exp. 9.214, Henry Hurtado. En: *Anales* tomo 139, 2ª parte.
15. CONSEJO DE ESTADO, 3ª, Hoyos, noviembre 28 de 1996, Exp. 9.617, Elf de Jesús Quebrada.
16. CONSEJO DE ESTADO, 3ª, Betancur, febrero 25 de 1993, Exp. 3.742, Rodrigo Rivera.
17. CONSEJO DE ESTADO, 3ª, Suárez, febrero de 1995, Exp. 9.746, María Elizabeth Suárez.
18. TRIBUNAL, 3ª, Herrera, Exp. 9.472, Rafael Ernesto Sarmiento.
19. CONSEJO DE ESTADO, 3ª, Zabala, diciembre 12 de 1996, Exp. 10.299. *Jurisprudencia y Doctrina*, 1997, p. 287: «6. La responsabilidad en estos casos, como lo señaló también la Sala, es "fiel desarrollo del artículo 90 de la Carta Política, sólo que circunscrito al daño antijurídico proveniente de las precisas circunstancias allí previstas" y es objetiva, motivo por el cual resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez o magistrado, para tratar de definir si por parte de él hubo dolo o culpa.
- «7. Se reitera que es un tipo de responsabilidad objetiva en la medida en que no requiere la existencia de falla del servicio, razón por la cual no tiene ninguna incidencia la determinación de si en la providencia que ordenó la privación de la libertad hubo o no error judicial; y no es posible la exoneración de responsabilidad de la administración con la sola prueba de diligencia que en ese caso se traduciría en la demostración de que la providencia estuvo ajustada a la ley». CONSEJO DE ESTADO, 3ª, Betancur, noviembre 17 de 1995, Exp. 10.056, Ferny Walteros, en: *Jurisprudencia y Doctrina*, T. XXV, N° 291, marzo de 1996, p. 248.
20. CONSEJO DE ESTADO, 3ª, Betancur, diciembre 12 de 1996, Exp. 10.299, en: *Jurisprudencia y Doctrina*, 1997, p. 289.
21. Así lo entendió el TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CUNDINMARCA, 3ª, Orozco, enero 25 de 1996, Exp. 9.646, cuando dijo: «Para la Sala, la presunta falla del servicio, que achaca la demanda no se vislumbra por parte alguna, pues la actuación judicial no comporta ninguna falta capaz de producir quebrantamiento de sus obligaciones [...] observa la Sala que los supuestos exi-

- gidos por la norma transcrita se dan en la providencia judicial [...] (El funcionario dictará resolución de acusación cuando esté demostrada la tipicidad del hecho y exista un testimonio que exija serios motivos de credibilidad en indicios graves de responsabilidad)».
22. «La detención preventiva a que fue sometido Bernilla Calderón no se puede calificar de injusta, porque ella tuvo sustento en suficientes elementos probatorios y de hecho ... » TRIBUNAL, 3ª, Alvarez, diciembre 5 de 1996, Exp. 10.909.
 - «Las decisiones judiciales penales fueron muy claras en manifestar que la detención y pérdida de la libertad si tuvo sustento en indicios graves, cosa distinta es que en forma sobreviniente se hubiesen contraprobado. Por ello, en términos de la ley, la detención no puede calificarse de injusta». TRIBUNAL, Giraldo, octubre 28 de 1996, Exp. 10.828.
 23. CONSEJO, 3ª, Betancur, 12-12-96, Palacios Exp., 10.904.
 24. CONSEJO DE ESTADO, 3ª, Montes, marzo 29 de 1996, Javier Tello, Exp. 8.455.
 25. TRIBUNAL, 3ª, Giraldo, octubre 28 de 1996, Exp. 10.828, Wilson Romero.
 26. CONSEJO DE ESTADO, 3ª, Betancur, julio 25 de 1994, Berenice Martfnez, Exp. 8.696.
 27. CONSEJO DE ESTADO, 3ª, Suárez, agosto 13 de 1993, Exp. 7.869, Transportes la Nubia.
 28. GUSTAVO DE GREIFF. Salvamento de voto a la sentencia de Consejo de Estado, 3ª, Uribe, mayo 24 de 1990, Exp. 5.451, Carmen Rosa Farfán.
 29. CONSEJO DE ESTADO, 3ª, Valencia, mayo 31 de 1979, Exp. 2.388.
 30. CONSEJO DE ESTADO, 3ª, Uribe, junio 3 de 1996, Exp. 7.859, Leonardo Villamarín.
 31. CONSEJO DE ESTADO, 3ª, Suárez, agosto 11 de 1991, Ricardo Rivera, Exp. 6.380.
 32. CONSEJO DE ESTADO, 3ª, Carrillo, septiembre 12 de 1996, Exp. 11.092, Gustavo Velásquez.
 33. TRIBUNAL, Herrera, julio 22 de 1993, Exp. 7.157.
 34. CONSEJO DE ESTADO, 3ª, Castilla, julio 31 de 1976, Exp. 1.808, Samper Moreno.
 35. CONSEJO DE ESTADO, 3ª, Betancur, diciembre de 1996, Exp. 10.625, Vicente Ordóñez.
 36. CORTE SUPREMA, Civil, Romero, mayo 20 de 1991, Exp. 1.949, María Teresa Plazas.
 37. TRIBUNAL, 3ª, Herrera, enero 30 de 1997, Exp. 11.215, Hernando Rodríguez.
 38. CONSEJO DE ESTADO, 3ª, Suárez, junio 16 de 1994, Exp. 9.176, Félix Antonio Chavarro.
 39. CONSEJO DE ESTADO, 3ª, Uribe, octubre 21 de 1993, Exp. 7.672, Ramiro Chaguala.

40. TRIBUNAL, 38, Herrera, abril 24 de 1997, Exp. 9.902, Abelardo Casas y otros.
41. CONSEJO DE ESTADO, 3ª, Suárez, Exp. 7.058, Carmen Aminta Escobar.
42. CONSEJO DE ESTADO, 3ª, Betancur, febrero 3 de 1996, Exp. 9.303, Luz Elena López.
- CONSEJO DE ESTADO, 3ª, Suárez, septiembre 24 de 1993, Exp. 8.061, Sociedad Naviera San Carleña, S.A.
43. CONSEJO DE ESTADO, 3ª, Suárez, noviembre 8 de 1991, Exp. 6.380, Ricardo Alberto Rivera.
44. CONSEJO DE ESTADO, 3ª, Suárez, junio 3 de 1993, Exp. 7.736, Serafín Cerón.
45. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Segundo informe sobre derechos humanos en Colombia*. Comisión Andina de Juristas, Seccional Colombia, Bogotá: 1994, p. 146.

46. Sobre este último punto, véase COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Ochenta)'* dos *período de sesiones*. Ejecución extrajudicial de Martín Calderón y Primitivo Silva, septiembre 25 de 1992. Comisión Andina de Juristas, Seccional Colombia, Bogotá: 1992, p. 36.
47. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Cincuenta y cinco período de Decisiones, dictamen 563-1993, Nydia Erika Bautista. Comunicación reservada.
48. COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. *Colombia, Derechos Humanos y Derecho Humanitario: 1995*, Bogotá, 1996, p. 35.
49. Sobre el particular, véase DIEZ-PLAZO, *Op. Cit.*, pp. 98 y ss.
50. TRIBUNAL, 3ª, Herrera, enero 30 de 1997, Exp. 11.215, Hernando Rodríguez.

Las leyes constitucionales italianas y el régimen de reforma de la Constitución colombiana

PRESENTACIÓN*

Un primer aspecto que llama la atención del régimen de reforma a la Constitución establecido por la Constitución de la República Italiana es el calificativo de "leyes" a los actos del Parlamento —único ente habilitado para tal efecto— tendientes a reformar la Constitución. Nuestra denominación de "actos legislativos" —criticada por muchos— resulta, si bien no muy adecuada desde el plano nominal, siquiera propensa a menos confusiones que las causadas por una denominación idéntica a la de los actos ordinarios de la rama legislativa, en este caso atribuidos al Parlamento.

Un segundo aspecto que despierta particular interés de la lectura del texto constitucional, en lo que respecta a esta materia, es la presentación de «leyes de revisión constitucional» y «otras leyes constitucionales» (artículo 138), haciendo mención exclusiva a su procedimiento —para ambos tipos idéntico—, sin que se expongan caracteres sustanciales e inclusive formales (procedimentales) que logren revelar, o cuando menos intuir, una diferencia clara entre las dos clases de leyes. De frente a esta omisión, la doctrina especializada, e incluso la jurisprudencia, no ha adoptado

una postura uniforme en procura de corregir esta problemática, presentándose así tan sólo una concordancia en la atribución de un nivel jerárquico superior al de las leyes ordinarias, y en general al de las demás fuentes normativas del ordenamiento jurídico italiano.

De manera más o menos generalizada, se hace referencia a las "leyes constitucionales" entendiéndose como tales las emanadas en virtud de disposiciones constitucionales que en diferentes materias y de manera expresa hacen mención a esta calificación normativa; es decir, las disposiciones constitucionales que consagran la denominada doctrinalmente "reserva constitucional" o "de ley constitucional". Es precisamente desde esta perspectiva, que su estudio genera un interés relevante para sistemas constitucionales como el nuestro, en los que en más de una disposición se hace referencia a este tipo de reservas o de mandatos o llamados al legislador a la producción de leyes, en materias que el constituyente ha considerado no sólo viable —esta producción— sino trascendental de acuerdo a un momento histórico o constitucional determinado, al hacer una mención específica y no dejarlo dentro del corriente desarrollo de la labor legislativa.