



Via Inveniendi Et Iudicandi
E-ISSN: 1909-0528
revistaviei@usantotomas.edu.co
Universidad Santo Tomás
Colombia

Duque Ayala, Corina
LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE LOS JUECES EN COLOMBIA Y EN
ESPAÑA, A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEL CÓDIGO IBEROAMERICANO DE ÉTICA
JUDICIAL
Via Inveniendi Et Iudicandi, vol. 6, núm. 1, enero-junio, 2011
Universidad Santo Tomás
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=560258669010>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

**LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE LOS JUECES EN COLOMBIA Y
EN ESPAÑA, A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEL CÓDIGO
IBEROAMERICANO DE ÉTICA JUDICIAL**

**THE RESPONSABILITY OF THE STATE AND THE JUDGES IN COLOMBIA
AND SPAIN TO THE LIGHT OF THE PRINCIPLES OF THE IBEROAMERICAN
CODE OF THE JURIDICAL ETHICS**

Por: Corina Duque Ayala

Docente de la Maestría en Derecho Público de la Universidad Santo Tomás

Fecha de recepción: 5 de septiembre de 2010

Fecha de aprobación: 5 de octubre de 2010

Resumen: El propósito de esta disertación es presentar los avances en Colombia respecto de la responsabilidad objetiva del Estado por hechos de la administración de justicia y la posibilidad de repetir contra sus magistrados y jueces por error judicial, o como consecuencia de un fallo inhibitorio o absolutorio, aún en aplicación del principio indubio pro reo. Así mismo, se destacarán los avances jurisprudenciales, doctrinales y legislativos, del mismo tema en España. Ambos contextos geográficos se estudian a la luz de los principios plasmados en el Código Iberoamericano de Ética judicial, específicamente en lo relacionado con el principio de la Independencia y autonomía de los jueces, como corolario de un Estado democrático y de derecho.

Palabras Clave: Responsabilidad del Estado por hechos de la administración de justicia, responsabilidad de los magistrados y los jueces, error judicial.

Abstract: The purpose of this dissertation is presenting the advances in Colombia regarding the objective responsibility of the State for some events of the justice

administration and the possibility of repeating against its Magistrates and judges for juridical mistakes or for absolute or inhibitory fail. In the same line, the jurisprudential, doctrinal and legislative advances will be highlighted, of the same theme in Spain. Both geographical contexts are studied to the light of the principles of the Iberoamerican Code of Jurisdictional Ethics, specifically in what is related with the principles of Independence and autonomy of the judges, as a corollary of a Democratic State of Law.

Key Words: Responsibility of the State for events regarding justice , Magistrates and Judges responsibility ,judicial error

INTRODUCCIÓN

Las reformas políticas y sociales iniciadas en Colombia a partir de 1991, con miras a lograr mayor democratización, son también el resultado de la imposición de una propuesta político-económica que se logró plasmar en la nueva Constitución de 1991, en donde se estableció la construcción de un Estado social, democrático, participativo y pluralista, el cual a su vez, debe buscar la modernidad y la eficiencia, habiendo realizado una reforma en la estructura orgánica y funcional del Estado.

Específicamente para la rama judicial, la Asamblea Constituyente de 1991 se propuso el fortalecimiento de la Rama judicial, lo que permitiría garantizar el equilibrio de los tres poderes públicos, como supuesto esencial del Estado de Derecho, para lo cual consagró entre otros principios, la autonomía en el gobierno de la Rama judicial, la independencia de los jueces y la eficacia en la prestación del servicio. Pero esta independencia tiene como contrapartida la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios por el defectuoso funcionamiento de la justicia, la cual se debe asumir como una existencia moral de la sociedad.

REVISTA VIRTUAL VIA INVENIENDI ET IUDICANDI

"CAMINO DEL HALLAZGO Y DEL JUICIO"

<http://viei.usta.edu.co/> E-MAIL: revistainveniendi@usantotomas.edu.co

Antes de la nueva Constitución, existía la acción de repetición del Estado en el Código Contencioso Administrativo y en el Código de Procedimiento Civil contra el funcionario judicial y las acciones de reparación directa por error judicial no eran tan frecuentes, por ello se prefería era abrir procedimientos disciplinarios contra los jueces, hoy la situación es diferente, las quejas se tramitan de manera simultánea en diversos procesos que pretenden determinar la responsabilidad civil, penal y disciplinaria de los funcionarios fallidos. Además, se ha logrado decantar la línea jurisprudencia de responsabilidad objetiva para los casos de privación injusta de la libertad.

¿Qué jurisdicción es la que debe decidir si se trata de un error de derecho?, ¿En qué instancia? ¿Todo error de derecho debe comprometer la responsabilidad del Estado?, ¿Cuál responsabilidad es la del juez y cuál la del Estado? ¿Cómo se resuelven problemas de mal funcionamiento de la justicia frente a la coyuntura de la congestión judicial? El tema comprende todas estas preguntas, en donde las respuestas no son tan evidentes.

Una de las recomendaciones que encontrarán al final de la disertación es la posibilidad de incluir apartes de la exposición de motivos, así como las normas del Código Iberoamericano de Ética Judicial –en adelante CIEJ-, en la “*ratio decidendi*” de las futuras Sentencias del Consejo de Estado –en adelante CE- y del Consejo Superior de la Judicatura –en adelante CSJ-, en especial aquellas que analicen y fallen temas tales como las acciones de repetición contra jueces y magistrados, acciones de reparación directa que diluciden la responsabilidad del Estado y del funcionario por error judicial y especialmente, los casos de privación injusta de la libertad, así como aquellas de contenido netamente disciplinario del CSJ, lo que permitiría tener argumentos fortalecidos a la luz de los de los principios de la independencia y la autonomía de los jueces, teniendo en cuenta que estas normas internacionales, -que hacen parte de nuestro bloque de constitucionalidad, por tratarse de normas que desarrollan derechos humanos,

REVISTA VIRTUAL VIA INVENIENDI ET IUDICANDI

"CAMINO DEL HALLAZGO Y DEL JUICIO"

<http://viei.usta.edu.co/> E-MAIL: revistainveniendi@usantotomas.edu.co

tales como el derecho al acceso a una justicia equitativa-, son aplicables en Colombia y aunque como el mismo Código lo indica, se trate de normas flexibles que pueden ser utilizadas únicamente para enjuiciamientos éticos, más no jurídicos, ellas también nos sirven, para lograr el fin primordial, cual es el de modificar el futuro comportamiento de los jueces y de lograr su excelencia, en todos y cada uno de los países miembros.

Se recalca que es importante que estos principios y normas se empiecen a difundir en los fallos internos de Cada Estado iberoamericano, por cuanto, se aceptado por unanimidad, que para lograr reforzar la responsabilidad de los magistrados y jueces, es más importante obtener de ellos una firme e íntima adhesión a los principios éticos, más que un sinnúmero de Sentencias que logren descubrir las faltas a sus deberes.

Esta difusión al interior de nuestro país, nos permitirá lograr que el servicio se preste con excelencia, máxime si se tiene en cuenta que el cuerpo judicial del contencioso administrativo, acude cada vez más a la jurisprudencia decantada del CE, citando apartes de los considerandos de las líneas consolidadas para dar mayor fuerza argumentativa a sus decisiones, por ello estas Sentencias serían una excelente canal de difusión de dicho Código, lo que permitiría además afianzar la conciencia ética firme e integral que se requiere de parte de jueces y magistrados, y a su vez, fortalecer el cumplimiento de buena parte de los deberes jurídicos establecidos en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, -en adelante LEAJ-.

En materia de responsabilidad del Estado y de sus agentes por hechos de la Administración de justicia en Colombia, la jurisprudencia ha venido avanzando, al haber pasado de una primera hipótesis donde se planteaba la total irresponsabilidad del Estado, con base en la teoría de "las cargas públicas que deben soportar los ciudadanos en un proceso penal", para llegar hoy a la teoría de

REVISTA VIRTUAL VIA INVENIENDI ET IUDICANDI

"CAMINO DEL HALLAZGO Y DEL JUICIO"

<http://viei.usta.edu.co/> E-MAIL: revistanteniendi@usantotomas.edu.co

la responsabilidad objetiva por hechos de la justicia, en especial, en lo relacionado con la privación injusta de la libertad, en donde sólo hace falta un fallo absolutorio en firme, para que la persona tenga derecho a la reparación de sus perjuicios, haciendo prevalecer el principio de la presunción de inocencia, también estatuido en nuestra Carta Política.

El objetivo general de esta disertación es visualizar la forma cómo se ha llevado a cabo esta evolución de la Línea jurisprudencial, no sólo en Colombia sino también en España, para finalizar con unos retos y perspectivas a la luz de la globalización de la justicia y la necesaria integración iberoamericana en materia judicial, donde contaría con un instrumento fundamental para afianzar una línea unificada en todos los países, cual es el Código Iberoamericano de Ética Judicial CIEJ, interiorizando en el cuerpo judicial la aplicación de los principios de la independencia, al lado de la consecuente responsabilidad que deben asumir los operadores de la justicia, en el entendido de la que la independencia del juez es corolario de la responsabilidad del mismo para expedir fallos en derecho.

En texto se divide en dos partes. La primera parte desarrolla el tema de la responsabilidad del Estado y de los jueces por hechos de la administración de justicia en Colombia. Allí se presenta, en un primer título el rango constitucional que adquirió el principio de la independencia de los jueces en nuestra nueva Carta Política, en el segundo título la forma como está estatuida la carrera administrativa y la responsabilidad disciplinaria de los jueces. En un tercer título se desarrolla lo concerniente al concepto de error judicial. Luego, en el título cuarto, se plasma la evolución de la línea jurisprudencial en Colombia, en lo relacionado específicamente con la privación injusta de la libertad. Allí nos detendremos más profundamente en las últimas Sentencias del Consejo de Estado, de los años 2008 y 2009, cuyos salvamentos de voto han causado muchos comentarios en la Opinión Pública, al constatarse que, al parecer, no sólo la Corte Constitucional colombiana sino también algunos Consejeros aún quieren regresar al sistema de

REVISTA VIRTUAL VIA INVENIENDI ET IUDICANDI

"CAMINO DEL HALLAZGO Y DEL JUICIO"

<http://viei.usta.edu.co/> E-MAIL: revistainveniendi@usantotomas.edu.co

error doloso o gravemente culposo, lo que permite blindar a los magistrados garantizando la irresponsabilidad civil y penal de éstos, quienes argumentan que para que nazca el derecho a la reparación por los perjuicios causados por una detención injusta, el solicitante debe entrar a probar que ésta fue ilegal, o que no cumplió con los requisitos señalados en la ley, o en el peor de los casos, que era innecesaria o irrazonable, lo que vuelve a colocar en tela de juicio la presunción de inocencia, y se convierte en un atentado contra el Estado Social de Derecho. Por último, en el título quinto se analizará lo relativo a la competencia jerárquica para conocer de los asuntos de la responsabilidad de los magistrados y jueces, tema coyuntural que ha suscitado enfrentamientos y dudas al interior de cuerpo judicial de lo contencioso administrativo.

En la segunda parte, se apreciará una síntesis de una investigación hecha en España sobre responsabilidad del Estado por hechos de la administración de justicia, durante los años 1999-2001, y allí se destacarán específicamente los avances jurisprudenciales, doctrinales y legislativos, investigación que aunque parezca reposada, tiene vigencia, por cuanto los principios, las normas y las teorías aplicadas han permanecido hasta nuestros días.

Para concluir la disertación, se hará una síntesis de la evolución del concepto de responsabilidad del Estado y de los funcionarios por los hechos de la justicia en Colombia y en España, a la luz del principio de la independencia y autonomía de los jueces consagrado en el Código Iberoamericano de Ética judicial, como corolario de un Estado democrático y de derecho, finalizando con unas recomendaciones y perspectivas.

I. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE LOS JUECES POR HECHOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN COLOMBIA.

1. EL RANGO CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA Y AUTONOMÍA DE LOS JUECES EN COLOMBIA.

En la Constitución Política, artículo 125, 256 y 257 se establecieron las reglas generales de la organización y funcionamiento de la Rama Judicial, concediéndole a la carrera judicial, no solo la independencia, sino la fuerza suficiente, para que el mérito sea la base de la integración del poder judicial, lo que en la práctica ha permitido facilitar el control del rendimiento de las Corporaciones y de los despachos judiciales y la evaluación del desempeño de los magistrados, jueces y empleados a ella vinculados.

La Ley 270 de 1996, Estatutaria de la administración de justicia -LEAJ- incorporó los reglamentos de la Carrera judicial y consolidó la aspiración de la sociedad para que sea el mérito el que soporte la carrera y opere como factor determinante de la independencia de los jueces, de la calidad de sus decisiones y por ende del acceso a la justicia. El sistema de carrera regula aproximadamente 19.600 funcionarios, entre magistrados, jueces y empleados, es decir rige para el 95% de los servidores de la Rama. (Esta cifra no incluye los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, que son aproximadamente 22.000). Esta independencia genera como resultado una demanda de justicia siempre en aumento, lo que hoy se ha convertido en un problema, por la congestión judicial. Esta sobrecarga de trabajo produce una evidente disminución de la productividad y una crisis en la credibilidad del sistema jurídico, con el agravante, de que es a la Administración de justicia a la que se le ha delegado como función pública, la de hacer efectivos los derechos, las obligaciones, las garantías y las libertades consagradas en la Carta Política, con el fin de realizar la convivencia social y lograr mantener la concordia social.

REVISTA VIRTUAL VIA INVENIENDI ET IUDICANDI

"CAMINO DEL HALLAZGO Y DEL JUICIO"

<http://viei.usta.edu.co/> E-MAIL: revistainveniendi@usantotomas.edu.co

Respecto de la debida diligencia y eficiencia de los magistrados y jueces, el artículo 228 de la Constitución establece que los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. La LEAJ- hace énfasis en este deber, por ello desde el artículo 4 se refiere a la celeridad, “justicia pronta y oportuna”. Su violación constituye causal de mala conducta. El artículo 7 precisa que los funcionarios y empleados judiciales deben ser diligentes en la sustanciación de los asuntos a su cargo, sin perjuicio de la calidad de los fallos que deban proferir conforme a su competencia. Luego, en el capítulo de los deberes dice que el juez debe resolver los asuntos sometidos a su consideración dentro de los términos previstos en la ley y con sujeción a los principios y las garantías que orientan el ejercicio de la función jurisdiccional, artículo 153 numeral 15.

Por lo anterior, lo primero que se requiere es rodear al magistrado y al juez de un equipo de trabajo que le preste apoyo efectivo para poder luego entrar a señalar su responsabilidad por el mal funcionamiento de la justicia y determinar fácilmente el incumplimiento de sus deberes o la desviación del poder en la que incurra.

2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y DISCIPLINARIA DE LOS MAGISTRADOS Y JUECES.

La dirección de estos servidores de la administración de justicia está confiada a los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura –en adelante CSJ- y a sus superiores inmediatos, a quienes les corresponde su nombramiento, calificación integral, retiro del servicio. Las investigaciones disciplinarias han sido delegadas en forma exclusiva al CSJ, las cuales se adelantan en primera instancia, en los Consejos Seccionales de cada departamento.

REVISTA VIRTUAL VIA INVENIENDI ET IUDICANDI

"CAMINO DEL HALLAZGO Y DEL JUICIO"

<http://viei.usta.edu.co/> E-MAIL: revistainveniendi@usantotomas.edu.co

En cuanto a una mala conducta del servidor público de la administración de justicia, el artículo 92 de la Constitución Política –en adelante C.P. establece que cualquier persona natural o jurídica podrá solicitar a la autoridad competente la aplicación de las sanciones penales o disciplinarias derivadas de la conducta de las autoridades públicas. La conducta del juez es el objeto del derecho disciplinario, la ejerce el CSJ y debe entenderse con relación a la actividad judicial¹. La falta disciplinaria es el incumplimiento injustificado de los deberes, la extralimitación en el ejercicio de los derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses. Esto se potencia con la exigencia de que las acciones u omisiones constitutivas de falta disciplinaria, deben presentarse en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función o con ocasión de ellos, o por extralimitación de funciones.

La función de la sanción disciplinaria no sólo es correctiva sino también preventiva –Código Disciplinario Único, - en adelante CDU- artículo 16- ya que pretende garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales, que se deban observar en el ejercicio de la función pública.

Cuando se pretende fallar disciplinariamente un caso de ilicitud sustancial, el concepto sustancial debe entenderse desde la perspectiva de los principios fundamentales del Estado social de Derecho, es decir la ilicitud sustancial existe cuando afecta la dignidad humana, la solidaridad de las personas, la prevalencia del interés general, la solidaridad; o también cuando afecta el buen servicio de la justicia, lo que además genera responsabilidad para quienes causen daño a un tercero.

¹ Corte Constitucional, Sentencia C 252 del 25 de marzo del 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño

REVISTA VIRTUAL VIA INVENIENDI ET IUDICANDI

"CAMINO DEL HALLAZGO Y DEL JUICIO"

<http://viei.usta.edu.co/> E-MAIL: revistainveniendi@usantotomas.edu.co

En el artículo 161 del CDU-, se estableció el error judicial inexcusable. Esta expresión tiene sus raíces en el derechos español del siglo XIX y alude a las omisiones graves, evidentes, protuberantes e imperdonables, que pueden obedecer a la negligencia, a la falta de pericia, o de aptitud, por la notoria falta de conocimientos y que convierten a los funcionarios judiciales en enemigos de los ciudadanos, quienes esperan objetividad, independencia e imparcialidad, por parte de la justicia, atentando contra la legitimidad del Estado Social de Derecho.

Por estas razones cuando se evidencia un error judicial, el funcionario está en la obligación de reparar a la víctima, por cuanto la conciliación entre el principio de la independencia y la responsabilidad del funcionario judicial no tiene que tornarse imposible, y para ello se requiere que ninguno de estos principios sea absoluto. Un juez independiente no tiene porque ser irresponsable y un juez responsable no tiene porque estar rindiendo cuentas a la instancia superior, pues perdería su autonomía.

El artículo 77 del Código Contencioso Administrativo –en adelante CCA- establece que los funcionarios son responsables por los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones. El artículo 78 del CCA establece que los perjudicados podrán demandar, ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo según las reglas generales, a la entidad, al funcionario o a ambos. Si prospera la demanda contra la entidad o contra ambos y se considera que el funcionario debe responder en todo o en parte, la Sentencia dispondrá que satisfaga los perjuicios la entidad. En este caso la entidad repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiere. Aunque los artículos 77 y 78 son anteriores al artículo 90 de la carta², continúan vigentes porque no sólo coinciden con este, sino porque se ajustan a su mandato, el cual inequívocamente contempla la acción de repetición, en defensa del patrimonio estatal, como

² Artículo 90: El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra este.

sanción para el funcionario que por su conducta dolosa o gravemente culposa en el ejercicio de sus funciones, cause perjuicios.

Por su parte, la Ley 678 de agosto 3 de 2001 vino a regular la acción de repetición para los servidores y ex servidores públicos. La prosperidad de la acción de repetición debe darse cuando se pruebe la culpa grave o el dolo del funcionario vinculado al proceso, y cuando se evidencia que esta conducta fue cumplida en ejercicio de sus funciones, y que fue esto lo que causó el daño a la persona demandante³.

3. EL CONCEPTO DEL ERROR JUDICIAL.

Los artículos 65 a 70 de la LEAJ regulan todo lo relacionado con el error judicial estableciendo que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de los agentes judiciales, debiendo responder por el defectuoso funcionamiento de la justicia, por el error judicial y por la privación injusta de la libertad.

Por error judicial entiende la Ley, que es aquél cometida por una autoridad investida de la facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley. La Corte Constitucional⁴ declaró este artículo exequible pero condicionado, considerando que admitir que se pueden dar reclamaciones por error judicial equivale a reconocer que por encima de las mismas se encuentra otros órganos superiores.

Sin embargo el Consejo de Estado se ha venido apartando de esta interpretación y ha condenado varias veces a la Nación por error judicial⁵.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia 17482, de agosto 31 del 2006, M. P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-37 de febrero 5 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 10825 del 4 de septiembre de 1997, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

REVISTA VIRTUAL VIA INVENIENDI ET IUDICANDI

"CAMINO DEL HALLAZGO Y DEL JUICIO"

<http://viei.usta.edu.co/> E-MAIL: revistainveniendi@usantotomas.edu.co

Los presupuestos del error judicial son los siguientes: (i) que el afectado haya interpuesto los recursos de ley en los eventos previstos en la Ley, excepto en el caso de la privación de la libertad del imputado cuando ésta se produzca en virtud de una providencia judicial, (ii) que la providencia contentiva del error esté en firme.

Es así como cuando se presente el caso específico de privación injusta de la libertad, producto de un fallo en firme, el interesado puede demandar al Estado la reparación de los perjuicios. Lo mismo ocurre cuando se trata de defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, y se hayan generado daños como consecuencia de la función jurisdiccional. Pero cuando se demuestre que el daño es debido a culpa exclusiva de la víctima por actuar con culpa grave o dolo, o no interponer los recursos de ley, el Estado será exonerado de la responsabilidad.

En cuanto a las diferencias entre la responsabilidad directa que se reclama del Estado y la responsabilidad personal del funcionario, El Consejo de Estado, en un fallo de la Sección Tercera, M. P. Daniel Suárez Hernández, del 28 de enero de 1999, radicación No 14399, actor Feliz Fabián Fragoso Fonseca, dijo lo siguiente:

“La cláusula general de responsabilidad consagrada en el artículo 90 de la Carta, impone una necesaria diferenciación de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial del Estado que encuentra origen en el daño antijurídico imputable a cualquier autoridad pública, incluido el poder jurisdiccional; y, los presupuestos de la responsabilidad personal del agente judicial, cuyos fundamentos difieren sustancialmente; análisis éste que, se impone, para no limitar el sentido lógico y el campo de aplicación de una y otra responsabilidad. Cuando de la responsabilidad directa del Estado por el error judicial se trata, el punto de partida para el análisis de aquella, lo es el daño causado al usuario del servicio jurisdiccional, imputable al Estado por acción u omisión, perjuicio causado en ejercicio del

poder judicial y en cumplimiento de la función pública de administrar justicia, circunstancia esta que, traslada el debate del aspecto subjetivo a la fuente originaria de la responsabilidad, esto es, al daño antijurídico. Se concluye que, una es la responsabilidad directa del Estado por el error judicial y otra, diferente en sus fundamentos y manera de operar, la responsabilidad personal del funcionario; ambas con disciplina y régimen jurídico de distinto alcance y contenido, pero con algo en común, que lo es, la existencia del error judicial, elemento este que, cumple funciones diferentes en uno y otro tipo de responsabilidad. En últimas, la determinación adecuada del alcance de uno y otro régimen de responsabilidad, debe lograrse bajo la óptica del artículo 90 de la Constitución, sin pasar por alto que, en el fondo de la cuestión planteada se encuentra el valor democrático de la responsabilidad, enfrentado, a la necesaria garantía de la independencia del juez.

“(...) Según los artículos 65, 66 y 71 de la Ley 270 de 1996, en concordancia con el artículo 90 de la Constitución Política que desarrollan el régimen de la responsabilidad por el error jurisdiccional, al romper se observa que, la disciplina, en lo que a la configuración del error corresponde, es bien diferente en sus alcances y contenido y, por lo mismo, debe precisarse en esta ocasión que, la forma como se comete el error y, sus eventuales justificaciones, son aspectos que resultan trascendentales y cumplen una función, únicamente en tratándose de la responsabilidad personal del funcionario, eventos en los cuales, en aras de la autonomía e independencia del agente judicial y de la naturaleza intrínseca de la función jurisdiccional, se justifica la estatuición legal de límites de carácter material.

“Por el contrario, frente a una reclamación por el daño antijurídico que encuentre su causa en la acción u omisión de un agente judicial - responsabilidad del Estado - Juez - , el error debe analizarse, desde una

perspectiva objetiva, toda vez que se trata de un desarrollo de la cláusula general de responsabilidad contenida en el artículo 90, campo éste en el cual, se prescinde del juicio de disvalor de la conducta, para centrar la atención, en el daño antijurídico padecido por la víctima; a lo cual debe agregarse que, el desarrollo legal contenido en el artículo 66 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia de la noción de error judicial, también excluyó la consideración del aspecto subjetivo, como que tal error, es el que se materializa en una providencia contraria a la Ley, sin más exigencias. Es por esta razón que, las orientaciones jurisprudenciales y doctrinarias que apuntan a la configuración y caracterización del denominado error inexcusable o culposo, de la vía de hecho, de la providencia arbitraria y desprovista de toda juridicidad, y otras expresiones habituales de la noción de culpa grave cometida por el agente jurisdiccional, únicamente son de recibo y aplicación tratándose de la responsabilidad personal del funcionario, campo en el cual, se debe advertir que el error puede ocurrir, tanto en la actividad de la constatación y valoración probatoria, como en la interpretativa, esto es, puede el error de hecho y de derecho, dar lugar a la responsabilidad personal del funcionario, cuando quiera que, la providencia parezca manifiestamente contraria a los hechos acreditados en la instancia, o dicho en otros términos, no puede el funcionario escudarse en su autonomía e independencia, para fundamentar de cualquier manera y contra la objetividad que muestran los hechos, una determinada resolución jurisdiccional, como que pese a la singularidad de la actividad interpretativa, la fundamentación de las decisiones debe edificarse dentro de presupuestos objetivos y bajo criterios razonables que no contradigan elementales principios que informan la actividad de interpretación de los hechos y el derecho a los cuales están sujetos todos los operadores jurídicos. Esta, por lo demás, la orientación doctrinaria, en materia del denominado error de concepto, doctrina o interpretación, que se reitera, adquiere relevancia y utilidad práctica, en tratándose de la

responsabilidad personal del funcionario. A contrario sensu, existe responsabilidad personal del funcionario, cuando desatiende una norma de sentido claro, o pretermina la consideración de una prueba, o supone la misma, sin justificación atendible, con lo cual se quiere significar que, aún dentro del campo de la responsabilidad personal del funcionario, éste compromete su propia responsabilidad, cuando desatiende las directrices generales y las exigencias que deben presidir la labor de la administración de justicia en lo tocante a la función específicamente jurisdiccional, tanto en su proyección frente a los hechos de la instancia, como frente al derecho que ha de aplicarse al caso concreto. de cara a la víctima y desde la perspectiva del artículo 90, concebido con los alcances y sentido arriba expuestos, basta el acreditamiento del daño antijurídico, a la vez que la relación de causalidad, entre éste y el error contenido en la providencia, error que se configura en todos aquellos eventos en que la providencia sea contraria al ordenamiento jurídico tal cual lo establece el artículo 66 de la Ley 270 de 1996, bastando para ello un cotejo objetivo entre el contenido de aquella y los preceptos normativos, sin que sean admisibles argumentos o razones que vengan edificados sobre la justificación, excusabilidad o diligencia del funcionario judicial o que impliquen la consideración del comportamiento de aquél en el proferimiento de la decisión, razones que solamente son de recibo, para excusar o exonerar la eventual responsabilidad personal del funcionario, no así, la patrimonial del Estado.

“Respecto de la interpretación de los preceptos constitucionales aplicables al caso concreto, estima la Sala que, cuando el juez al ejercer el núcleo central de la actividad jurisdiccional, esto es, al proferir su Sentencia, invoca a manera de fundamentación de la decisión una determinada interpretación o argumentación con base en principios y valores consagrados en la Constitución, sin que aquélla aparezca por lo menos como razonable dentro del contexto fáctico del caso concreto sometido a su conocimiento, incurre

en error judicial, si la pretendida fundamentación de la decisión no guarda compatibilidad alguna con la hipótesis fáctica que los hechos probados muestran en la instancia. Dicho en otros términos, la labor de interpretación jurisdiccional, si bien por naturaleza supone un grado amplio de autonomía para el juzgador, en la medida en que el operador jurídico puede optar por varias lecturas interpretativas del caso concreto, siempre y cuando, se reitera, guarden armonía y compatibilidad con los hechos y con el derecho aplicable a una determinada situación; esa manifestación de la autonomía jurisdiccional, no puede servir de justificación a una determinada decisión, cuando aparece objetivamente que la invocación de una doctrina constitucional, resulta perfectamente inadecuada o incompatible frente a la realidad de los hechos acreditados. En el caso concreto, el juez de tutela, so pretexto de la “textura abierta” del concepto de los derechos fundamentales que consideró vulnerados, echó mano de una argumentación de carácter constitucional, referida al desarrollo jurisprudencial de los derechos de la vida y de la protección integral de la familia, para insertarla a una hipótesis fáctica, que en manera alguna resultaba compatible o por lo menos razonable, con los hechos de que daba cuenta la instancia dentro del trámite de tutela, desfigurando por completo, con ese proceder, el sentido elemental y básico de aquellos conceptos que dijo aplicar. Debe precisarse que, si bien es cierto, tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia han sido renuentes a la aceptación del error de interpretación como causa de responsabilidad, sobre la base que el ejercicio de la actividad jurisdiccional, independiente por excelencia, le permite al juez moverse con amplitud en la labor juzgadora, no lo es menos que, la función interpretativa y argumentativa de cualquier operador jurídico en un Estado de derecho contemporáneo, no es un poder en blanco y por el contrario, debe observar unas mínimas reglas de coherencia que justifiquen o fundamenten de una manera razonable y objetiva las decisiones jurisdiccionales dentro del ordenamiento jurídico

vigente. De lo anterior se sigue que, cualquiera sea el método que se utilice para la fundamentación adecuada y coherente de la decisión judicial y para el análisis de la problemática objeto de conocimiento, existen límites trazados por el propio ordenamiento a la conducta del operador jurídico, necesarios por lo demás para garantizar, la tan anhelada unidad de criterios, característica propia del ordenamiento jurídico y base esencial de la materialización del principio de la seguridad jurídica".

En lo relacionado con la interpretación judicial que puede dar lugar a un error judicial, lo primero que debe entenderse es que esta es una actividad eminentemente práctica, que se realiza con el fallo en cada caso real. Cuando la interpretación consigue la mayor armonía posible, entre el “caso” y el Derecho, podemos decir que la interpretación ha sido exitosa. Un Magistrado o un juez, en los casos difíciles debe aplicar las reglas de interpretación de la ley, utilizar los diferentes métodos de interpretación jurídica, y buscar un equilibrio reflexivo tal y como lo dice Robert Alexi⁶ en su texto de la Teoría de los Derechos fundamentales, el cual integra los postulados, las etapas interpretativas y, los criterios de interpretación. En caso de que se presenten conflictos entre normas, siempre deberá prevalecer la norma constitucional y deberá realizarse una interpretación de los principios constitucionales buscando el propósito de la misma, para hacer valer el Estado Social y Constitucional de derecho, ante el ciudadano y evitar un daño o un perjuicio. En materia penal, siempre ha de preservarse el principio de favorabilidad que orienta la interpretación de las normas.

Respecto a la interpretación judicial, en la exposición de motivos del Código Iberoamericano de Ética Judicial, en adelante CIEJ- se habla de la necesidad de

⁶ Robert Alexi, Teoría de los Derechos fundamentales.

armonizar los valores presentes en una sociedad con la función judicial, aplicando la teoría del equilibrio ponderativo, allí se lee⁷:

“Cabe recordar que en el Estado de Derecho al juez se le exige que se esfuerce por encontrar la solución justa y conforme al Derecho para el caso jurídico que está bajo su competencia, y que ese poder e imperium que ejerce procede de la misma sociedad que, a través de los mecanismos constitucionales establecidos, lo escoge para tan trascendente y necesaria función social, con base en haber acreditado ciertas idoneidades específicas. El poder que se confiere a cada juez trae consigo determinadas exigencias que serían inapropiadas para el ciudadano común que ejerce poderes privados; la aceptación de la función judicial lleva consigo beneficios y ventajas, pero también cargas y desventajas.

“Desde esa perspectiva de una sociedad mandante se comprende que el juez no sólo debe preocuparse por “ser”, según la dignidad propia del poder conferido, sino también por “parecer”, de manera de no suscitar legítimas dudas en la sociedad acerca del modo en el que se cumple el servicio judicial. El Derecho ha de orientarse al bien o al interés general, pero en el ámbito de la función judicial adquieren una especial importancia ciertos bienes e intereses de los justiciables, de los abogados y de los demás auxiliares y servidores de la justicia, que necesariamente han de tenerse en consideración. La ética judicial debe proponerse y aplicarse desde una lógica ponderativa que busca un punto razonable de equilibrio entre unos y otros valores: si se quiere, entre los valores del juez en cuanto ciudadano y en cuanto titular de un poder, cuyo ejercicio repercute en los bienes e intereses de individuos concretos y de la sociedad en general”.

⁷ Código Iberoamericano de Ética Judicial, página web: rama judicial. gov.co, link Escuela Lara Bonilla, consultado el 17 de julio de 2009

Conviene recalcar que, la vía de hecho es el error o vicio grave y evidente de las providencias judiciales que viola de manera inminente y ostensible derechos constitucionales fundamentales. La existencia de una vía de hecho hace desaparecer la providencia, porque al carecer de fundamento jurídico no nace para el sistema de derecho ninguna decisión. En relación con la vía de hecho el Consejo de Estado se ha pronunciado en los siguientes términos:

*"(...) para que proceda la acción referida contra providencias que presentan en su contenido el vicio de las vías de hecho, deben concurrir los siguientes requisitos: a) Que la conducta del agente carezca de fundamento legal; b) Que la acción obedezca a la voluntad subjetiva de quien desempeña la autoridad judicial; c) Que tenga como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales, de manera grave e inminente; d) Que no exista otra vía de defensa judicial, o que, existiendo, se interponga la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o que el examen particular que realice el juez de tutela verifique que la otra vía, en cuanto a su eficacia, no es la más adecuada para la protección inmediata del derecho fundamental violado o amenazado."*⁸

Así las cosas, la vía de hecho implica necesariamente una aberración jurídica tal, que mal podría denominarse providencia judicial, Sentencia o auto, una decisión que desnaturalice la justicia y que constituya el rompimiento total del ordenamiento jurídico. En este instante, cabe preguntarnos ¿En Colombia quienes son los funcionarios competentes para conocer de un error judicial?

⁸ Consejo de Estado, Radicado No. 11001-03-15-000-2002-01085-01(AC- 266), Consejera Ponente LIGIA LÓPEZ DÍAZ, 12 de diciembre de 2002.

**4. LA COMPETENCIA FUNCIONAL PARA DECIDIR SOBRE LA
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO, DE LOS MAGISTRADOS Y DE LOS
JUECES POR ERROR JUDICIAL.**

En Colombia la competencia para decidir los casos en materia de responsabilidad de Estado y de los magistrados y jueces por hechos de la administración de justicia, ha sido atribuida a la jurisdicción contencioso administrativa. Sin embargo, respecto a la competencia funcional o jerárquica en la práctica se han presentando dificultades. La Suprema Corporación de la jurisdicción de lo contencioso administrativo -CE- en providencia proferida el 9 de septiembre de 2008 resolvió en decisión de Sala Plena, limitar la competencia para conocer de los asuntos referentes al defectuoso funcionamiento de la administración judicial.

Es así, como en dicha providencia se hizo un estudio riguroso respecto a la competencia indicando que esta comprende la determinación de los asuntos que le corresponde conocer a cada juez o tribunal garantizando el principio de seguridad jurídica, esto es que tenga las calidades de legalidad, la imperatividad, la inmodificabilidad, la indelegabilidad y el orden público, garantizando así a cada individuo la certeza de que sus derechos fundamentales no serán vulnerados, su situación jurídica no será modificada más que por los procedimientos reglados y los conductos establecidos previamente.

Afirma dicha providencia que el elemento modular de la competencia lo compone el principio del juez natural el cual es un requisito fundamental o un presupuesto procesal para que un litigio pueda constituirse como válido, formando parte fundamental del debido proceso en cuanto materializa el principio de legalidad consagrado en nuestra Constitución Política artículo 29, debiendo el juez ajustarse necesariamente a los parámetros existentes en la legislación sin poder existir competencias implícitas por analogía o por extensión por cuanto en el evento de

REVISTA VIRTUAL VIA INVENIENDI ET IUDICANDI

"CAMINO DEL HALLAZGO Y DEL JUICIO"

<http://viei.usta.edu.co/> E-MAIL: revistainveniendi@usantotomas.edu.co

surgir tales situaciones particulares se puede comprometer tanto la validez de la actuación judicial ocasionando la responsabilidad del operador judicial.

Conviene recalcar que, esa corporación decidió la competencia respecto de las acciones de reparación directa derivadas de la responsabilidad por los hechos de la administración de Justicia indicando que al efectuar el examen detallado de la Ley 270 de 1996 que regula las materias relacionadas con la responsabilidad del Estado por razón de las actuaciones de sus funcionarios y empleados judiciales por tres tipos de imputación por error jurisdiccional (providencia contraria a la ley), por privación injusta de la libertad y por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

Así efectuó un análisis histórico legislativo del proyecto de ley presentado por el Gobierno y particularmente respecto del artículo 73 de la Ley 270 de 1996 concluyó que la competencia para conocer de la acción de reparación directa por los perjuicios ocasionados por la administración de justicia está claramente definida en esa normatividad, imponiendo un límite orgánico y funcional para conocer de dicha acción, siendo en primera instancia la competencia de los Tribunales y en segunda instancia al Consejo de Estado, excluyendo radicalmente a los Juzgados Administrativos del Circuito los cuales fueron implementados con posterioridad a dicha ley.

Considero además que la doble instancia en esa materia se determina por la cuantía que define el artículo 132 del C.C.A., concluyendo así que los procesos de reparación directa por el hecho de la administración de justicia deben ser conocidos en primera instancia a los Tribunales Administrativos incluyendo aquellos cuya cuantía sea inferior a la suma equivalente a los 500 SMLMV.

Al respecto varios Magistrados del Tribunal Administrativo de Cundinamarca posteriormente a la decisión tomada por el Honorable Consejo de Estado respecto

REVISTA VIRTUAL VIA INVENIENDI ET IUDICANDI

"CAMINO DEL HALLAZGO Y DEL JUICIO"

<http://viei.usta.edu.co/> E-MAIL: revistainveniendi@usantotomas.edu.co

a la competencia para conocer de los asuntos por el hecho de la administración se apartó de dicha decisión, indicando que el artículo 73 de la Ley 270 de 1996 fue declarado exequible condicionalmente por la Corte Constitucional fundamentando que únicamente le corresponde al legislador mediante ley estatutaria definir las reglas generales sobre la estructura de la rama judicial.

Además incluyó dentro de sus argumentos que teniendo en cuenta el criterio de interpretación gramatical de la ley, establecido en el artículo 27 del Código Civil, con posterioridad a la expedición de la ley 270 de 1996 se expidió la ley 446 de 1998 que modificó disposiciones del C.C.A. y en su artículo 42 numeral 6 se dispuso que los jueces administrativos conocerán en primera instancia de los asuntos de reparación directa cuando la cuantía no exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales sin distinguir si la acción correspondía o no al hecho de la administración judicial tantas veces aquí referido.

Sin embargo y teniendo en cuenta que el Consejo de Estado es el órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se dio cabal cumplimiento a lo dispuesto en relación con la competencia para conocer de los asuntos referentes a la responsabilidad por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia; cabe preguntarse ¿Cuál es la razón ultima a efectos de que determinar la competencia en este asunto, toda vez que al momento de entrar en funcionamiento los Juzgados Administrativo del Circuito no se interpretó de esta manera por el Tribunal y se remitieron las acciones de reparación directa indistintamente si se trataba el tema de la responsabilidad por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia aplicando el artículo 42 numeral 6 de la ley 446 de 1998?. ¿Se estará buscando juzgamientos entre pares, incluyendo el tema de las jerarquías, para fortalecer la independencia y la autonomía?

REVISTA VIRTUAL VIA INVENIENDI ET IUDICANDI

"CAMINO DEL HALLAZGO Y DEL JUICIO"

<http://viei.usta.edu.co/> E-MAIL: revistainveniendi@usantotomas.edu.co

En consecuencia, habiéndose generado un caos en la remisión de expedientes, en los trámites adelantados, posiblemente viciados de nulidad, cabe preguntarse además ¿si todas las actuaciones adelantadas respecto de acción de reparación directa por los Juzgados Administrativos del Circuito desde el 1º de agosto de 2006 hasta el 9 de septiembre de 2008, referentes al tema de estudio, tienen plena validez, o sólo la parte probatoria, o si por el contrario están nulas en todas sus partes?, ya que los juzgados administrativos en muchos casos, alcanzaron a terminar esta clase de procesos con Sentencia de primera instancia sin que a la fecha se haya producido alguna solicitud de nulidad, por parte de los interesados. ¿Deberá declararse de oficio la nulidad en casos ya fallados? ¿Y en qué queda el principio de la autoridad de la cosa juzgada?.

Es importante resaltar que la responsabilidad por la falta de un operador judicial debe ser resuelta por el juez natural competente, con el único objeto de resarcir los daños ocasionados en ejercicio de esta función, en la mayoría de los casos, sin importar el fuero que ostenta un juez o magistrado de la República toda vez que pueden existir faltas intencionales que son groseras las cuales deben ser reparadas por la misma administración judicial.

En consecuencia, es deber imperativo del Estado Social de Derecho responder por los riesgos originados por las faltas cometidas por sus operadores judiciales al presentarse una denegación arbitraria de la justicia, siendo aun más imperioso evitar que estos riesgos se materialicen capacitando en debida forma y efectivamente a través de un estudio juicioso e integral del derecho, tanto material como y su correcta aplicabilidad en cada Despacho judicial cumpliendo en debida forma los fundamentos y el ejercicio de la función judicial.

Como una de las especies más frecuentes en los asuntos de responsabilidad del Estado por error judicial, es la privación injusta de la libertad, la cual se hace evidente al momento de quedar en firme un fallo absolutorio o inhibitorio, por esta

razón a continuación se analizará la evolución de la línea jurisprudencial colombiana en esta materia, para llegar hoy a la teoría más avanzada en el Derecho Internacional, cuál es la responsabilidad objetiva, sin cuestionar la “verdadera” o “falsa” inocencia del solicitante de la reparación.

5. EVOLUCIÓN DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL EN RELACIÓN CON LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD.

Respecto de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, la sección tercera del Consejo de Estado ha desarrollado ampliamente este tema en los últimos seis años y se ha venido creando una línea sólida⁹ en esta materia.

En primer lugar, es necesario expresar como antecedente que en una primera etapa la jurisprudencia del Consejo de Estado sostuvo la posición de la irresponsabilidad estatal por actos de carácter jurisdiccional, es decir, no se concebía que el Estado respondiera ni siquiera en aquellos casos en que se evidenciara un error en la actuación del juez. Tal tesis se sostuvo hasta la década de los 80, sustentada en que los errores del juez eran el costo que debían pagar los administrados por el hecho de vivir en sociedad, en orden a preservar el principio de cosa juzgada y el valor social de la seguridad jurídica. La responsabilidad era personal del funcionario judicial, deducida del artículo 40 del C.P.C. bajo el presupuesto que hubiese actuado con error inexcusable (Sentencia 2367 del 14 de febrero de 1980 y auto del 26 de noviembre de 1980, exp. 3062- citadas en la Sentencia 12076 de marzo 14/02).

Para el año 1987 la jurisprudencia sufrió una notable evolución al aceptar la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en Sentencia del 16 de diciembre de ese año que el Estado era responsable por las actuaciones jurisdiccionales siempre y

⁹ López Medina, Diego Eduardo, “*El derecho de los jueces*” Para la construcción de la línea jurisprudencial aquí expuesta, se utilizó la metodología sugerida por el autor “ingeniería en reserva” Sentencias: arquimédica, hito y fundante y . 2^a. Edición, Legis 2006. Bogotá.

REVISTA VIRTUAL VIA INVENIENDI ET IUDICANDI

"CAMINO DEL HALLAZGO Y DEL JUICIO"

<http://viei.usta.edu.co/> E-MAIL: revistainveniendi@usantotomas.edu.co

cuando el funcionario hubiere incurrido en vías de hecho, ya que no se le podía exigir a la víctima del desborde público judicial que individualizara al autor de la función mal prestada, conforme al artículo 40 del C.P.C., para obtener de él la reparación del perjuicio. (Citada en la Sentencia 12076 de marzo 14/02).

Con la vigencia de la Constitución Política de 1991, se produce un giro en materia de responsabilidad estatal puesto que en su artículo 90 es elevada a rango superior derivada de los daños antijurídicos que le sean imputables al Estado causados por la acción u omisión de las autoridades públicas. Así pues, frente a la interpretación de esta norma en el tema de la privación de la libertad, independientemente de la reglamentación legal expedida con posterioridad (Código de Procedimiento Penal -Decreto Ley 2700 de 1991- y Ley 270 de 1996), entendió el Consejo de Estado –Sección Tercera- que la responsabilidad provenía de la definición del daño antijurídico el cual se presentaría cuando la persona detenida no tenía el deber jurídico de soportar tal privación, al margen de la licitud o ilicitud de la decisión que le sirvió de fundamento. No obstante, ésta interpretación se vino a conocer muchos años después de la reglamentación legal del tema en los estatutos arriba citados, pues se desarrolló en Sentencia 11413 del 25 de enero de 2001 (citada en Sentencia 14408 del 1º de marzo de 2006), cuando ya existía un pronunciamiento hito del año 1997 al que se hará referencia más adelante.

Luego vino la primera reglamentación legal de la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad con el Decreto Ley 2700 de 1991 cuya vigencia duró desde el 1º de julio de 1992 hasta el 23 de julio de 2001, en cuyos artículos 242 y 414 se hizo referencia al tema: En el primero de ellos bajo el presupuesto de prosperidad de la Revisión, lo que presupone la demostración de un error jurisdiccional debido a las causales por las que procede; y en el segundo en su primera parte consagra la indemnización de perjuicios por la privación injusta de la libertad, pero seguidamente condiciona la indemnización a quien haya sido

REVISTA VIRTUAL VIA INVENIENDI ET IUDICANDI

"CAMINO DEL HALLAZGO Y DEL JUICIO"

<http://viei.usta.edu.co/> E-MAIL: revistainveniendi@usantotomas.edu.co

exonerado porque el hecho no existió, no lo cometió, o la conducta no constitúa hecho punible.

En 1994 inicia con cierta especificidad la línea jurisprudencial del Consejo de Estado, pues en una de sus Sentencias que se considera Sentencia "hito" se halló una primera interpretación o tesis inicial que se plasmó en el fallo No. 8666 de Julio 25 de 1994 con ponencia del Dr. Carlos Betancur Jaramillo. En esta Sentencia, a su vez se encuentran algunas referencias a otras anteriores así: las Sentencias No 5451 de agosto 24 de 1990, que podría llamarse "Sentencia fundante" la Sentencia No 7058 de octubre 1º de 1992 y la Sentencia No. 9734 de junio 30 de 1994.

La tesis planteada en esta Sentencia de 1994, es la siguiente: el Estado Colombiano no debe responder por los daños originados en la detención preventiva legal, a pesar de que culmine el proceso penal con absolución del procesado por cualquier motivo. Dentro de esta posición generalizada, obviamente se encuentra el tema específico de la absolución por *in dubio pro reo*.

Los argumentos que la sustentan son los siguientes: Los asociados tienen el deber de soportar la carga pública que implica participar en una investigación, por voluntad de la autoridad competente. La responsabilidad estatal sólo se compromete por razón de una actuación ilegal del Estado. La responsabilidad tiene como fuente el error judicial que se produce como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa valoración seria y razonable de las distintas circunstancias del caso. Del hecho de una absolución final, sea por los eventos del art. 414 del C. de P.P. -i) el hecho no existió, ii) el culpable no lo cometió, o iii) atipicidad de la conducta-, ora por cualquier otra razón, no puede inferirse *per se* que la retención haya sido indebida. La retención indebida requiere para su demostración de pruebas serias y robustas y no meras conjeturas.

REVISTA VIRTUAL VIA INVENIENDI ET IUDICANDI

"CAMINO DEL HALLAZGO Y DEL JUICIO"

<http://viei.usta.edu.co/> E-MAIL: revistainveniendi@usantotomas.edu.co

Así pues, si se parte de que la fuente de la responsabilidad sólo está en el error jurisdiccional, obviamente si la detención cumplió con los requisitos legales no puede predicarse el error pedido y por ende no hay lugar a indemnización.

Una segunda reglamentación legal del tema de la privación injusta de la libertad, se presentó en el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 o LEAJ, que a su vez reprodujo la primera parte del mencionado artículo 414 del entonces vigente C.P.P., lo que hubiera permitido hacer una interpretación no tan restrictiva como la que se expuso en la providencia anterior. No obstante, con la exequibilidad condicionada que hiciera la Corte Constitucional en su Sentencia C-037 de 1996, en el sentido que el vocablo “injusta” debía entenderse como una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los principios legales, se frustró cualquier flexibilización en materia de responsabilidad estatal por este tema, haciendo prácticamente inoperante la norma porque la subsumió en la responsabilidad por el error jurisdiccional previsto en el artículo 66 del mismo Estatuto.

Luego en 1997, se profirió otro fallo que planteó una nueva tesis. Se trata de la Sentencia 11754 del 18 de septiembre de 1997, proferida por la Sección Tercera con ponencia del Dr. Daniel Suárez Hernández, Actor: Jairo Hernán Martínez Nieves, Demandado: Nación – Minjusticia. Providencia ésta que aunque con un soporte fáctico similar al del problema jurídico planteado en la tesis inicial, termina por enmarcar interpretativamente la situación dentro de los supuestos normativos del artículo 414 del C. de P.P., aunque dejando los cimientos definidos para la plenitud de la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad en los casos de exoneración por in dubio pro reo.

El problema que se plantea en este segundo fallo es el de saber si el Estado debe responder patrimonialmente por los perjuicios causados con la detención preventiva cuando la absolución final se presenta por aplicación del beneficio in

REVISTA VIRTUAL VIA INVENIENDI ET IUDICANDI

"CAMINO DEL HALLAZGO Y DEL JUICIO"

<http://viei.usta.edu.co/> E-MAIL: revistainveniendi@usantotomas.edu.co

dubio pro reo. La tesis que se acogió es que el Estado es responsable patrimonialmente por los daños causados con la detención preventiva cuando la aplicación del in dubio pro reo impone la absolución del implicado.

Los argumentos son los siguientes: El Estado es el titular de la acción punitiva y como tal le corresponde la actividad probatoria para desvirtuar la presunción de inocencia, y al no lograrlo antes que una duda lo que ocurre es una ausencia de prueba incriminatoria que enmarca la situación en la absolución porque el sindicado no cometió el delito, originando la responsabilidad del artículo 414 del C.P.P. y del artículo 90 de la C.P. No puede aceptarse que las falencias probatorias por parte del Estado las deba soportar privado de la libertad el sindicado, cuando del cumplimiento a cabalidad de dicha función depende el buen éxito de la investigación. Como principios fundamentales informativos de toda la normativa penal están los de buena fe e inocencia, que no se pueden desvanecer o inobservarse por una circunstancia meramente probatoria. La duda en penal se traduce en absolución y es ésta la base para el derecho a la reparación, a la luz del art. 414 del C.P.P., del cual se deriva una responsabilidad de carácter objetivo en la que a la Demandada le corresponde demostrar una eventual causal de exoneración. Ni la sospecha ni la duda justifican en un Estado Social de Derecho la privación de las personas porque por encima de esos aspectos están el derecho a la libertad y la aplicación cabal del principio de inocencia.

Frente a estas dos tesis, se presentó una primera variante relacionada con los casos de absolución que habían sido previstos en el artículo 414 del C.P.C. vigente desde 1992 hasta el 2001. Los argumentos de esta tesis especial son los siguientes: Los asociados tienen el deber de soportar la carga pública que implica participar en una investigación, por voluntad de la autoridad competente, salvo que haya sido absuelto porque no cometió el hecho, éste no existió, o porque la conducta no estaba prevista como delito. En los eventos del artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991 la ley presume que la privación de la libertad fue

REVISTA VIRTUAL VIA INVENIENDI ET IUDICANDI

"CAMINO DEL HALLAZGO Y DEL JUICIO"

<http://viei.usta.edu.co/> E-MAIL: revistainveniendi@usantotomas.edu.co

injusta. En los demás casos por fuera del 414 del C.P.P., la responsabilidad estatal sólo emerge del error jurisdiccional, esto es, si se demuestra que la detención preventiva que se dispuso fue injusta e injustificada. La responsabilidad es objetiva y se deduce en forma automática de la sola revocatoria de la detención preventiva

Así pues, si se parte de que la fuente de la responsabilidad depende del motivo de la exoneración penal, como quiera que si se ubica en los tres eventos del 414 aquella será objetiva y no habrá que revisar la licitud o ilicitud de la medida preventiva, pero si el sustento de la absolución está por fuera de esas tres causales, aquella es subjetiva y deberá demostrarse la ilegalidad de la actuación judicial, es decir error grosero.

De otro lado, la variante encontrada frente a la segunda tesis, la que hoy se encuentra vigente, es de trascendental importancia en la medida en que la duda no se interpreta ajustándola a una de las causales del art. 414 tantas veces citado, que el procesado no cometió el hecho, sino que la responsabilidad surge autónomamente del daño antijurídico ocasionado, como aquel que excede la normalidad a la que está sometido cualquier ciudadano, haciendo una mixtura en el título de imputación, puesto que este argumento se ubica en el ámbito del daño especial -rompimiento del equilibrio de las cargas públicas- y al mismo tiempo se aduce la falla en el servicio por la omisión probatoria a cargo del Estado.

Avanzando en la consolidación de la línea de la responsabilidad objetiva del Estado por privación injusta de la libertad, más recientemente se emite la Sentencia 11368 del 4 de diciembre de 2006, proferida por la Sección tercera con ponencia del Doctor Mauricio Fajardo Gómez. En esta Sentencia el argumento central es el siguiente:

“(...) al Estado le corresponde desvirtuar la presunción de inocencia y si no lo logra es desproporcionado e inequitativo que el particular deba soportar esa carga en un Estado Social de Derecho en el que la persona es eje fundamental de su protección e inherente a ella se encuentra el derecho fundamental a la libertad. La persona ocupa un lugar central en el Estado Social y Democrático de Derecho, es la razón de su existencia, por ello no puede sostenerse que deba soportar cualquier sacrificio, sin compensación alguna, por ser necesario para posibilitar el adecuado ejercicio de las autoridades públicas. Después del Derecho a la Vida, la Libertad constituye fundamento y presupuesto indispensable para que sea posible el ejercicio de los demás derechos y garantías del individuo, por ello impone la máxima cautela antes de calificar cualquier limitación a ese derecho fundamental, como mera carga pública que se debe soportar por el hecho de vivir en comunidad. La operatividad del in dubio pro reo en el proceso penal no provee de justo título a una privación de la libertad si el resultado del proceso a su culminación continuó siendo la misma que ostentaba antes de ser detenido, es decir, si no se desvirtuó que era inocente, puesto que esa función le corresponde al Estado. No es posible generalizar y en cada caso concreto corresponde al juez determinar si la privación de la libertad fue más allá de lo que razonablemente debe un ciudadano soportar para contribuir a la recta administración de justicia. En estos casos se presenta un juicio de proporcionalidad frente a la tensión entre el interés general y las libertades individuales, concluyéndose que el interés general como principio fundante del Estado Colombiano no puede llevarse a cabo avasallando las libertades individuales porque la salvaguarda de éstas termina convirtiéndose también en parte de ese interés general”.

Los avances más contundentes que permiten hablar de una línea jurisprudencial consolidada se presentaron en estos últimos dos años. Es así como el Consejo de Estado en Sentencia del 5 de junio del 2008, M. P. Enrique Gil Botero, radicación

No 16819, en un caso contra la Nación de la Sociedad COLDICOM LTDA, estableció que debe tenerse en cuenta que la privación de la libertad que se discute ocurrió entre el 26 y 28 de junio de 1996, cuando ya había entrado a regir la ley 270 de 1996, promulgada el 15 de marzo de 1996 y por esta razón que:

*“La Sala consideró que su interpretación no se agota en la posibilidad de declarar la responsabilidad del Estado por detención injusta, cuando ésta sea ilegal o arbitaria. Se ha determinado que las hipótesis de responsabilidad objetiva, también por detención injusta, contempladas en el derogado artículo 414 del decreto 2700 de 1991, mantienen vigencia para resolver, de la misma forma, la responsabilidad del Estado derivada de privaciones de la libertad en las cuales se haya arribado a cualquiera de los tres supuestos a los que hacía referencia la citada disposición. Es decir, que después de la entrada en vigencia de la ley 270 de 1996, cuando una persona privada de la libertad sea absuelta “porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constitúa hecho punible”, se configura un evento de detención injusta. A las hipótesis citadas se les ha agregado el evento de absolución en aplicación del *in dubio pro reo*. Lo enunciado, con fundamento en la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, prevista en el artículo 90 de la Constitución política.¹⁰”*

“La privación de la libertad, en estos casos, puede y debe darse con pleno acatamiento de las exigencias legales, pero, a la postre, si se dicta una providencia absolutoria, por cualquiera de los supuestos ya citados o por duda, se trataría de una decisión legal que pone en evidencia que la medida inicial fue equivocada. El fundamento de la indemnización, entonces, no sería la ilegalidad de la conducta, por lo que debe preguntarse si el hecho de la privación de la libertad, en esas circunstancias, da lugar o no a un

¹⁰ Ver en el mismo sentido la Sentencia de cuatro de diciembre de 2006, exp. 13168, M.P. Mauricio Fajardo Gómez

perjuicio indemnizable, es decir, si se ha configurado un daño antijurídico.

*Esto, bajo el entendido que “los ciudadanos están obligados a soportar algunas cargas derivadas del ejercicio de las funciones administrativas, y sólo en la medida en que, como consecuencia de dicho ejercicio, se produzca un perjuicio anormal, puede concluirse que han sido gravados de manera excepcional”.*¹¹

“De acuerdo con los principios tutelares del Estado Social y Democrático de Derecho, entre los cuales la libertad y la justicia ocupan un lugar privilegiado, frente a la materialización de cualquiera de las hipótesis enunciadas, cuando una persona privada de la libertad sea absuelta, porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, la conducta no constitúa hecho punible o por in dubio pro reo, se habrá de calificar sin ambages como detención injusta. Es por ello, que se trata de una responsabilidad objetiva, toda vez que en eventos de esta naturaleza, ambos valores se encuentran en juego y un argumento de tipo utilitarista, en el sentido de afirmar que se trata de una carga que se debe soportar en bien de la mayoría, no tiene justificación alguna.

*“Esta Sala ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral; ha precisado, por el contrario, que la estimación de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador en cada caso según su prudente juicio, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado.”*¹²

¹¹ Ver en el mismo sentido Sentencia del 27 de septiembre de 2000, expediente 11.601, actor Ana Ethel Moncayo de Rojas y otros, consejero ponente: Alier Eduardo Hernández.

¹² En el mismo sentido, ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646.

REVISTA VIRTUAL VIA INVENIENDI ET IUDICANDI

"CAMINO DEL HALLAZGO Y DEL JUICIO"

<http://viei.usta.edu.co/> E-MAIL: revistainveniendi@usantotomas.edu.co

En este año, nuevamente al examinar el Consejo de Estado el tema de la privación injusta de la libertad, a la luz de la LEAD artículo 68 y de los lineamientos de la Corte Constitucional, específicamente de la Sentencia C-037 de 1996, que revisó su exequibilidad y en aplicación del artículo 90 de la C.P., el Consejo de Estado en su última Sentencia del 25 de febrero del 2009, expediente 25.508, afirmó que

“(...) la hipótesis precisada por el artículo 68 de la Ley 270 (...) que la Corte Constitucional le ha dado a la norma no excluye la posibilidad de que tenga lugar el reconocimiento de otros casos en los cuales el Estado deba ser declarado responsable por el hecho de haber dispuesto la privación de la libertad de un individuo dentro del curso de una investigación penal, siempre que en ellos se haya producido un daño antijurídico en los términos del artículo 90 de la Constitución”.

En esta Sentencia hubo un salvamento de voto de la magistrado Ruth Stella Correo Palacio, quien considera que el derecho a la indemnización en los casos de privación injusta de la libertad no surge de la simple verificación de la inexistencia de la Sentencia penal condenatoria (responsabilidad objetiva), sino que se requiere verificar si se configura el supuesto de la ilegalidad grosera fijada por la Corte Constitucional. De esta manera el derecho a la indemnización debe surgir únicamente cuando se acredite que la medida de aseguramiento fue ilegal, que no cumplió con los requisitos señalados en la ley o que la misma es irrazonable o innecesaria.

Estos dos últimos fallos corresponde a la tesis mayoritaria que expone que el Estado Colombiano es responsable por la privación de la libertad de una persona cuando el respectivo proceso penal culmina con Sentencia absolutoria o su equivalente por aplicación del principio de *In Dubio Pro Reo*, aunque la detención hubiese sido legal, porque es al Estado al que le corresponde desvirtuar la

presunción de inocencia y si no lo logra es desproporcionado e inequitativo que el particular deba soportar esa carga en un Estado Social de Derecho en el que la persona es eje fundamental de su protección e inherente a ella se encuentra el derecho fundamental a la libertad.

Sin embargo, se recuerda que en estos mismos seis años, también se constatan algunos fallos del Consejo de Estado, que plasmaron la tesis inicial, la cual es mucho más conservadora: Esta tesis sostiene que cuando la privación de la libertad en curso de un proceso penal ha reunido los requisitos legales, aunque dicho proceso culmine con Sentencia absolutoria o su equivalente con fundamento en el beneficio de la duda, el Estado Colombiano no es responsable patrimonialmente, por cuanto los asociados tienen el deber de soportar la carga pública que implica participar, por voluntad de la autoridad respectiva, en una investigación.

Esta tesis del deber de la carga pública que deben soportar los ciudadanos, tal vez fue enterrada de manera definitiva con la Sentencia reciente del 23 abril del 2008, radicación 15843, actor Gustavo Cargo Bernal y otros, contra la Nación, que cuestiona abiertamente sus argumentos, donde se lee:

“(...) De manera que si bien se reconoce al Estado el ejercicio del ius puniendi y se agrega que éste comporta la posibilidad de restringir la libertad personal con fines preventivos, se precisa que esa detención bien puede llegar a ser calificada de injusta y por ende constitutiva de un daño antijurídico; en efecto, al respecto la Sala ha efectuado los siguientes señalamientos:

“Esta Corporación ha sostenido que a los asociados corresponde soportar la carga pública que implica participar, por voluntad de la autoridad, en una investigación. Sin embargo, ahora la Sala considera oportuno recoger

expresiones en virtud de las cuales algunos sectores de la comunidad jurídica han llegado a sostener, sin matiz alguno, que el verse privado de la libertad ocasionalmente es una carga pública que los ciudadanos deben soportar con estoicismo.

“Definitivamente no puede ser así. Lo cierto es que cualquiera que sea la escala de valores que individualmente se defienda, la libertad personal ocupa un lugar de primer orden en una sociedad que se precie de ser justa y democrática. Por consiguiente, mal puede afirmarse que experimentar la pérdida de un ingrediente fundamental para la realización de todo proyecto de vida, pueda considerarse como una carga pública normal, inherente al hecho de vivir dentro de una comunidad jurídicamente organizada y a la circunstancia de ser un sujeto solidario. Si se quiere ser coherente con el postulado de acuerdo con el cual, en un Estado Social y Democrático de Derecho la persona ─junto con todo lo que a ella es inherente─ ocupa un lugar central, es la razón de la existencia de aquél y a su servicio se hallan todas las instituciones que se integran en el aparato estatal, carece de asidero jurídico sostener que los individuos deban soportar toda suerte de sacrificios, sin compensación alguna, por la única razón de que resultan necesarios para posibilitar el adecuado ejercicio de sus funciones por las autoridades públicas.

“La afirmación contraria sólo es posible en el seno de una organización estatal en la que la persona ─con todos sus atributos y calidades─ deviene instrumento, sacrificable, reductible y prescindible, siempre que ello se estime necesario en aras de lograr lo que conviene al Estado, es decir, en un modelo de convivencia en el que la prevalencia de un ─desde esta perspectiva, mal entendido─ interés general, puede justificar el desproporcionado sacrificio del interés particular ─incluida la esfera de derechos fundamentales del individuo─ sin ningún tipo de compensación.

“Entre las consideraciones acerca de la naturaleza del daño antijurídico se ha sostenido que, en cada caso, ha de corresponder al juez determinar si el daño va más allá de lo que, normalmente y sin compensación alguna, debe soportar una persona por el hecho de vivir en una comunidad jurídicamente organizada y comportarse como un sujeto solidario. En ese orden de ideas, no pocas veces se ha concluido que constituye daño antijurídico aquel que se experimenta en el ámbito puramente material, por vía de ejemplo, cuando se devalúa un bien inmueble por la proximidad de un puente vehicular que ha sido construido y puesto en funcionamiento para el bienestar de toda la colectividad. “No se entiende entonces con apoyo en qué tipo de argumento no habría de ser catalogado como igualmente antijurídico el daño que sufre quien se ve privado de la libertad □ como en el presente caso□ durante cerca de dos años y acaba siendo absuelto mediante Sentencia judicial. Ciertamente resulta difícil aceptar que, con el fin de satisfacer las necesidades del sistema penal, deba una persona inocente soportar dos años en prisión y que sea posible aducirle, válidamente, que lo ocurrido es una cuestión “normal”, inherente al hecho de ser un buen ciudadano y que su padecimiento no va más allá de lo que es habitualmente exigible a todo individuo, como carga pública derivada del hecho de vivir en sociedad. Admitirlo supondría asumir, con visos de normalidad, la abominación que ello conlleva y dar por convalidado el yerro en el que ha incurrido el sistema de Administración de Justicia del Estado”¹³.

En síntesis, el Consejo de Estado en los años 2008 y 2009 consolidó la última posición jurisprudencial mencionada con fundamento en lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991 porque considera que en estos eventos la responsabilidad del Estado existe cuando se ha causado un daño antijurídico por

¹³ Consejo de Estado, Sentencia del cuatro de diciembre de 2006, expediente: 13.168, actor: Audy Hernando Forigua y otros.

REVISTA VIRTUAL VIA INVENIENDI ET IUDICANDI

"CAMINO DEL HALLAZGO Y DEL JUICIO"

<http://viei.usta.edu.co/> E-MAIL: revistainveniendi@usantotomas.edu.co

la privación de la libertad de un sujeto que fue absuelto porque nada tuvo que ver con el delito investigado, sin que resulte relevante, generalmente, cualificar la conducta o las providencias de las autoridades encargadas de administrar justicia. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 90 de nuestra Constitución Política el Estado es patrimonialmente responsable por los daños antijurídicos que le sean imputables, de manera que si un sujeto es privado de la libertad en desarrollo de una investigación penal y posteriormente liberado mediante providencia judicial en la que se resuelve desvincularlo del proceso penal, los daños que demuestre y que deriven de la detención deben serle indemnizados, toda vez que no estaba en el deber de soportarlos.

CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PERSPECTIVAS.

En Colombia, el reto hoy consiste en avanzar de una responsabilidad objetiva del Estado, con una línea jurisprudencial ya consolidada, hacia aquella personal de los magistrados En nuestro país, los jueces son funcionarios públicos al igual que el resto, por esta razón el Estado ejerce su acción de repetición contra ellos, así mismo los ciudadanos, a través de la acción de reparación directa, quienes tienen la posibilidad de escoger si accionan contra el Estado, contra el magistrado o contra ambos.

Estas dos acciones son independientes al hecho de que además se pueda comprometer la responsabilidad disciplinaria de los magistrados, la cual se caracteriza por un trato común a todos los integrantes de la rama que se encuentran en carrera. El Consejo Superior de la Judicatura es tanto autoridad administrativa, como jurisdiccional en materia disciplinaria.

Interrogarse sobre el reforzamiento de la responsabilidad personal de los magistrados nos presenta un cuestionamiento más amplio: ¿La necesaria independencia y autonomía en el ejercicio de funciones del juez debe avanzar

hacia el hecho de permitir a los sindicados o procesados incoar acciones por error judicial y privación injusta de la libertad?. Respecto de estos dos grandes interrogantes, en la exposición de motivos del Código Iberoamericano de Ética Judicial se lee:

"En las tradiciones de las antiguas profesiones, al señalar quiénes estaban autorizados para ejercerlas y cómo debían prestarse los servicios correspondientes, se filtraban reclamos a la conciencia ética profesional, por lo que las violaciones respectivas incluían la pérdida de la posibilidad de seguir prestándolo. De ahí que en la tarea judicial se tuviera en cuenta originalmente cierta idoneidad ética y se previeran mecanismos de destitución cuando se incurría en mal desempeño. El ejercicio de la función judicial no debe, obviamente, ser arbitrario, pero en ocasiones es inevitable que el juez ejerza un poder discrecional. Esa discrecionalidad judicial implica innegables riesgos que no pueden solventarse simplemente con regulaciones jurídicas, sino que requieren el concurso de la ética.

"Parece así adecuado que, a la hora de plantearse el nombramiento o la promoción de los jueces, o de enjuiciar su conducta en cuanto jueces, se tengan en cuenta aquellas cualidades o hábitos de conducta que caracterizan a la excelencia profesional y que van más allá del mero cumplimiento de las normas jurídicas. Las constituciones contemporáneas contienen un marco general de aquella dimensión ética implicada en el servicio judicial, especialmente cuando indican quiénes pueden ser jueces o cuándo procede su destitución. De ese modo, la ética judicial encuentra asidero constitucional, en cuanto supone una explicitación de aquellos enunciados constitucionales".

Las reflexiones que han sido abiertas en esta introducción al tema en Colombia se resumen así:

REVISTA VIRTUAL VIA INVENIENDI ET IUDICANDI

"CAMINO DEL HALLAZGO Y DEL JUICIO"

<http://viei.usta.edu.co/> E-MAIL: revistainveniendi@usantotomas.edu.co

- El Estado Social y de Derecho en Colombia exige al juez que se esfuerce por encontrar la solución justa y conforme al Derecho para el caso jurídico que está bajo su competencia, y no puede olvidar que ese poder que se ejerce procede de la misma sociedad la cual, a través de los mecanismos constitucionales establecidos, -carrera judicial- lo escoge para tan trascendente y necesaria función social, con base en la acreditación de ciertas calidades e idoneidades.
- El Consejo de Estado en Colombia reforzó la necesidad de la excelencia del juez al considerar que el poder que se confiere a cada juez trae consigo determinadas exigencias que serían inapropiadas para el ciudadano común que ejerce los poderes privados; la aceptación de la función judicial lleva consigo beneficios y ventajas, pero también cargas y desventajas.
- Desde esa perspectiva de una sociedad mandante, se comprende que el juez no sólo debe preocuparse por “ser”, según la dignidad propia del poder conferido, sino también por “parecer”, de manera de no suscitar legítimas dudas en la sociedad acerca del modo en el que se cumple el servicio judicial. El Derecho ha de orientarse al bien o al interés general, pero en el ámbito de la función judicial adquieren una especial importancia ciertos bienes e intereses de los justiciables, de los abogados y de los demás auxiliares y servidores de la justicia, que necesariamente han de tenerse en consideración. La ética judicial debe proponerse y aplicarse desde una lógica ponderativa que busca un punto razonable de equilibrio entre unos y otros valores: si se quiere, entre los valores del juez en cuanto ciudadano y en cuanto titular de un poder, cuyo ejercicio repercute en los bienes e intereses de individuos concretos y de la sociedad en general.
- Frente al tema del compromiso íntimo del juez con la excelencia y el rechazo a la mediocridad, en la exposición de motivos del CIEJ se lee lo siguiente:

- “(...) Asimismo, al proveer criterios y medidas determinadas con las que juzga la calidad ética del servicio, el Código dota de cierta objetividad al concepto de “excelencia judicial”. Ello vale no sólo para los propios jueces, sino también para la sociedad que ha conferido el poder y que puede, a partir del Código, evaluar éticamente a los jueces tanto para reprocharles su conducta como para reconocer su excelencia”.
- En cuanto a la necesidad de capacitar a los jueces y de difundir los principios éticos de su función, en la exposición de motivos del CIEJ se afirma lo siguiente:

“Al mismo tiempo que un Código clarifica conductas, las facilita en tanto se le provee al juez de un respaldo para la realización de las mismas, evitando el riesgo de quejas por parte de eventuales perjudicados. No sólo el juez sabe a qué atenerse, sino también aquellos vinculados a su servicio. Pero dado que la ética no puede exigir conductas imposibles, el Código simultáneamente se constituye en una fuente de razones a las que puede apelar el juez en el cumplimiento de sus exigencias. De ese modo, si un Código reclama capacitación, es necesario que se le brinde a sus destinatarios los medios para acceder a la misma: si éstos no existieran, sería difícil exigir responsabilidad por eventuales incumplimientos”.
- Por lo anterior, se sugiere a los Honorables Consejeros de Estado de Colombia, así como a los magistrados del Honorable Consejo Superior de la Judicatura que estudien la posibilidad de incluir las normas del Código Iberoamericano de Ética Judicial, en la “ratio decidendi” de sus nuevas Sentencias, en especial aquellas que analicen y fallen temas tales como las acciones de repetición contra jueces y magistrados, la responsabilidad del Estado y del funcionario por el error judicial y especialmente en los casos de privación injusta de la libertad, normas que darían mayor fuerza argumentativa a los fallos y permitirían esclarecer los dilemas que se presentan al momento

de valorar la responsabilidad de los funcionarios a la luz de los principios de independencia y la autonomía de los jueces. Además, por el hecho de existir una línea jurisprudencial consolidada en el tema de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, estos fallos que vienen siendo citados en las diferentes jerarquías de la jurisdicción contenciosa serían un canal de difusión de los principios éticos, logrando así una firme e íntima adhesión a ellos, evitando así, el sinnúmero de Sentencias que sancionen las faltas a sus deberes.

- Con una actuación así como la sugerida, se estaría logrando el objetivo último del CIEJ cuál es el de:

“(...) buscar la adhesión voluntaria de los distintos jueces iberoamericanos atentos a la conciencia profesional que exigen los tiempos actuales y trata por ello de presentarse como el fruto de un “diálogo racional” en el que se ha otorgado un considerable peso a las razones procedentes de los códigos ya existentes. Sería inadecuado que el presente Código surgiera como un emprendimiento desarraigado en el tiempo y en el espacio o como un mero acto de voluntad de la autoridad con competencia para ello. Por el contrario, su fortaleza y eficacia dependerán de la prudente fuerza racional que logre traducir en su articulado y de que, consiguientemente, sea capaz de movilizar íntimas adhesiones en función de los bienes e intereses comprometidos en el quehacer judicial. El Código debe ser una permanente y dinámica interrelación a la conciencia de sus destinatarios para que, desde el compromiso de la excelencia, logre encarnarse históricamente en aquellos que han aceptado prestar un servicio demandado por la sociedad.”

- Con relación al problema de congestión judicial en Colombia, para evitar que los magistrados y jueces incurran en conductas relacionado con el mal funcionamiento de la justicia, producto de esa congestión en los despachos, se

requiere rodearlos de un equipo de trabajo que le preste apoyo efectivo para poder luego entrar, ahora sí a y señalar su responsabilidad por el mal funcionamiento de la justicia y determinar fácilmente el incumplimiento de sus deberes o la desviación del poder en que puedan llegar a incurrir.

- Los conocimientos del derecho comparado en Colombia y en Europa respecto del tema de la responsabilidad de Estado y de los jueces, frente al tema de la independencia y la autonomía del poder judicial, conducen a preguntarnos ¿si no estará haciendo falta la creación de un Fondo de Garantías para mal funcionamiento de la administración de la justicia, que permita indemnizar por la vía administrativa y mediante el mecanismo de la conciliación, con una fórmula de reparación que establezca un límite al monto por día de detención, el cual nos permitiría evacuar rápidamente el cúmulo de casos que se están presentando, específicamente en lo relacionado con las privaciones injustas de la libertad, incluidas aquellas sentencia emitidas con base en la aplicación del principio del "*indubio pro reo*"? Esta vía administrativa está aún por explorarse.
- Admitir el riesgo social del error judicial y la privación injusta de la libertad como consecuencia de la complejidad, o de la oscuridad del derecho y de los casos que se resuelven a diario en Colombia, es permitirnos avanzar en una teoría, como la que ya existe en Francia, la teoría de "la garantía social", que permite visualizar un Fondo de Garantías, como el enunciado en el párrafo anterior.
- Para terminar, si queremos legitimar el servicio de administración de justicia en Colombia, no debemos dudar en fortalecer con argumentos los fallos que establezcan la responsabilidad personal de los magistrados por faltas graves cometidas en el ejercicio de sus funciones, tanto civil, penal como disciplinaria, lo cual se logrará haciendo alusión a los principios y a las normas consagradas en el CIEJ, así como la exposición de motivos del mismo, de lo contrario, no

vamos a superar la crisis de legitimidad por la que atraviesa nuestro sistema judicial.

- En una democracia, la independencia y la autonomía de los jueces tiene por corolario la responsabilidad, tal como lo plantea en el artículo 1º del CIEJ:

"Las instituciones que en el marco del Estado constitucional, garantizan la independencia judicial no están dirigidas a situar al juez en una población de privilegio. Su razón de ser es la de garantizar a los ciudadanos el derecho a ser juzgados con parámetros jurídicos, como forma de evitar la arbitrariedad y de realizar los valores constitucionales y salvaguardar los derechos fundamentales".

II. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE LOS JUECES POR HECHOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN ESPAÑA¹⁴.

En un estudio comparativo sobre la responsabilidad de la justicia y de sus jueces, el ejemplo de España es particularmente interesante, y esto por varias razones. Primero que todo, es un sistema jurídico que podríamos calificar de joven y nuevo en Europa, y por lo tanto, un sistema que ha sabido y que ha podido hacer la síntesis de los ejemplos próximos (las más grandes influencias jurídicas españolas modernas vienen de Italia, Alemania, y también de Francia). Para situar esta disertación en su contexto, se estudiará en esta introducción el sistema puesto en ejecución a partir de 1978, luego se expondrán los fundamentos teóricos de esta responsabilidad.

A/ El Sistema Jurídico a partir de 1978.

¹⁴ Deguergue Maryse: "Justicia y responsabilidad del Estado", esta segunda parte contiene una síntesis de la investigación académica realizada durante los años 1999-2001, por el grupo de investigación "Derecho y Justicia" de la Universidad París XII, traducción autorizada por los autores, en el primer semestre del 2009.

REVISTA VIRTUAL VIA INVENIENDI ET IUDICANDI

"CAMINO DEL HALLAZGO Y DEL JUICIO"

<http://viei.usta.edu.co/> E-MAIL: revistainveniendi@usantotomas.edu.co

La Constitución Española de 1978 pone fin a la dictadura del General Francisco Franco y constituye el punto de partida real y aún simbólico de la democracia en España. El periodo de transición se extiende desde 1975 hasta 1978, con la muerte de Franco y se denomina justamente así, la transición, no nos detendremos en este estudio. Solamente resaltaremos que durante este periodo, este derecho, trata en su mayoría del franquismo que se estaba aplicando -sus efectos son los más totalitarios que se hayan aplicado-. Se verá entonces, lo que fue esta tradición de la administración española y luego se visualizará lo que aporta el texto de 1978.

La administración española por tradición, es emanación del Estado español desde que este existe, osciló entre la delincuencia y las reformas autoritarias. La monarquía quiso a partir del siglo XVII, calcar su sistema administrativo del sistema francés. La voluntad de la centralización, que fue la primera preocupación de todos los regímenes hasta 1978 -se exceptúa la segunda república, entre 1931 y 1939- se enfrenta siempre a las administraciones locales. Lo que puede impresionarnos en el estudio de la administración española y local, y esto es de resaltar en diferentes épocas, es la falta de jerarquía y coordinación entre la administración central, propia del Estado español, y la administración local, expresión de particularismos culturales y jurídicos de diferentes provincias.

Se recalca que la Administración española se construyó en poco tiempo porque la inestabilidad de los diferentes regímenes desencadenaba cambios constantes de la organización administrativa. Es bajo la dictadura de Franco (1939-1975) que se logra instaurar lo que se puede llamar la administración central moderna. A pesar de que la Constitución de 1978 colocó un nuevo sistema, no se puede olvidar que numerosos mecanismos y organizaciones administrativas datan de la época de Franco y éstos se mantuvieron. El derecho administrativo español, contrario a su equivalente francés, no se construye sobre la jurisprudencia, sino a partir de leyes posteriores a la Constitución de 1978. Antes de esta fecha, eran las reglas del

derecho privado, con sus derogatorias y sus adiciones particulares en cada materia, lo que se aplicaba.

Para concluir sobre esta tradición de la administración española, se recalca que toda emanación estatal, no cuenta en España con un gran prestigio, la administración es frecuentemente aprehendida, con razón o sin ella según las épocas, como un instrumento dictatorial, lo que quiere decir “el brazo armado de la tiranía”. Pero el punto de partida de este nuevo sistema es realmente la Constitución de 1978.

Sin embargo, mucho antes de la muerte de Franco, los juristas -en particular los académicos- reflexionaron en lo que debería ser la transición democrática, y ¿qué pilares jurídicos debía tener el nuevo régimen?. En lo que concierne a la administración y su derecho, todo, o casi todo, estaba por construirse. Hacía falta sin embargo, respetar ciertos legados histórico-jurídicos españoles. La muerte de Franco en 1975 es la fecha clave del cambio. El régimen que se había creado se desvanecía, y aquel al que se le había designado como su sucesor, se comprometía con la vía democrática. El Rey Juan Carlos ejecuta lo que se ha llamado la Transición, periodo transitorio entre la dictadura y la democracia. Sigue siendo el derecho “Franquista” el que se aplica, pero el Rey requiere a la administración y a las jurisdicciones para que lo interpreten con una lectura lo más democrática y lo más liberal posible. La paradoja es que la nueva carta fundamental será votada en un contexto del franquismo -todos los niveles de la administración y las asambleas “parlamentarias” estaban todavía en manos del franquismo, aún, los representantes de la Asamblea Constituyente- , pero esta situación debía cambiar.

El proceso de elaboración de la nueva constitución es demasiado clásico, con la aprobación de las Cámaras “Las cortes Generales” del proyecto constitucional el

31 de octubre de 1978, el Rey promulga la Constitución¹⁵ que entra a regir el 29 de diciembre del mismo año. De este texto, -el cual mantiene una referencia en términos democráticos y de gestión de la descentralización-, se desprende todo el ordenamiento jurídico español. Como se ha señalado, si bien ciertos textos de la época franquista subsisten, esta Constitución será desde ese momento la fuente de las normas jurídicas.

En el sistema español la imagen clásica de la pirámide de normas es real: en la cima: la Constitución, luego descendiendo los principios rectores que sirven de base jurídica a la creación de las normas. Es frecuente que en la Constitución misma se prevean las líneas directrices y las leyes que deberán expedirse para reglamentar y regir tal tema enunciado constitucionalmente. Esta Constitución se dice moderna y progresista.

Uno de los avances de esta constitución es precisamente la instauración del Defensor del Pueblo. Esta institución, que es citada de manera comparable a las otras instituciones del régimen -Las Cámaras parlamentarias, el gobierno y el Rey-, es una innovación, aún cuando sea una mixtura jurídica. El artículo 54 de la Constitución crea al Defensor del Pueblo en el régimen y fija las grandes orientaciones de su función. Pero es la Ley orgánica del 6 de abril de 1981¹⁶ la que define con amplitud la acción del Defensor del Pueblo. Su misión principal es la defensa de los derechos y las libertades fundamentales. Para llevar a cabo esta misión, la Ley orgánica de 1981 le otorga un derecho de control y vigilancia sobre todas las administraciones públicas, sus acciones, así como la de sus agentes. Es independiente de los tres poderes -legislativo, ejecutivo y judicial- y tiene un mandato imperativo de las Cámaras Parlamentarios quienes lo eligen por cinco años. Puede actuar directamente en beneficio de los ciudadanos -particulares, asociaciones, etc.- y en beneficio de ciertas administraciones con un número importantes de condiciones y de excepciones. La solicitud o el requerimiento al

¹⁵ *Constitución Española*, Centro de Estudios Procesales, 1996, p. 211.

¹⁶ Ley Orgánica 3/81 del 6 de abril de 1981: "El Defensor del Pueblo".

Defensor del Pueblo son extremadamente simples, lo que facilita su acceso a un gran número de ciudadanos. Su campo de intervención es muy amplio.

Hay sin embargo, una excepción que es remarcable y nos interesa en este estudio: "es lo que concierne a las demandas y quejas que cuestionan la responsabilidad de la justicia y su mal funcionamiento. En este caso, si se envía una queja al Defensor del Pueblo, él tiene la obligación de enviarla a la Fiscalía General -lo que equivale al Parquet General en Francia- o al Consejo General del Poder Judicial. En sus campos de acción, la intervención del Defensor del Pueblo permite resolver los problemas, sin que tenga que pasar por la vía jurisdiccional y ofrece así una protección suplementaria a los derechos fundamentales. Para concluir sobre el Defensor del Pueblo, éste dispone durante su mandato de una inmunidad de naturaleza particular, diferente a aquella de los miembros del poder judicial.

Después de haber realizado un rápido panorama del régimen y del sistema jurídico español, nos debemos concertar más particularmente en la responsabilidad de la justicia. Para comprender bien lo que es hoy ésta en España, debemos exponer los fundamentos teóricos de la misma.

B/ Los fundamentos teóricos de la responsabilidad de la justicia española.

Esta responsabilidad del juez y del Estado por los hechos de la justicia se remonta a varios siglos atrás en España. El punto de partida teórico es simple y complejo a la vez. La inabilidad de la justicia o de los jueces es imposible. Siempre existe un riesgo, una probabilidad del error o de funcionamiento anormal de la justicia. Pero ¿Cómo comprometer y además juzgar la responsabilidad de los que justamente tienen por función y rol administrar justicia?. La justicia que se encuentra en la base de la existencia del Estado, en lo que es una de sus misiones primarias, es una administración clásica en España, un servicio público como cualquier otro, al

que uno puede aplicar la responsabilidad y el régimen general de la administración.

Después de la llegada de la Constitución de 1978, esta responsabilidad se desarrolla alrededor de dos ejes, la responsabilidad de la administración de justicia y aquella de los magistrados -bajo el régimen franquista, el juez estaba protegido por la responsabilidad limitada del Estado-. Después de 1978, el juez, como la administración de justicia, se encuentra frente a sus errores, porque su responsabilidad puede ser comprometida, desde que ellos hayan generado un conflicto¹⁷.

El aspecto teórico fundamental del sujeto se encuentra en la legitimidad de la justicia y de los jueces, en su misión¹⁸, en su rol jurídico pero también político. Este debate va más allá de la responsabilidad del juez y de la justicia. La cuestión que aquí nos interesa es la de saber cómo se definen y se califican las faltas de la justicia y a su vez del Estado y las faltas del juez en el sistema español. La responsabilidad de los jueces españoles por sus faltas personales puede ser diferenciada de la falta de la justicia que puede aparecer por un mal funcionamiento de la administración, por un error judicial o aún por una detención provisional. Entonces, los justiciables, según cada caso, comprometen una u otra de estas responsabilidades.

Para llevar a feliz término este estudio sobre la responsabilidad de hecho de la justicia y de los jueces en España, hace falta en primer lugar, explicar que la responsabilidad de la justicia tiene por corolario su independencia, lo que a continuación se verá, antes de concluir sobre la cuestión de saber si los jueces españoles son asimilables al resto de los funcionarios que componen la administración pública ibérica.

¹⁷ Eduardo Jauralde Morgado, la responsabilidad del Juez, *Poder Judicial*, no 3, 1982, p- 15-16

¹⁸ Ángel Torio López, Tipicidad, referencia a la teoría de los tipos abiertos, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XVII, 1995, p. 7-33

1. UNA RESPONSABILIDAD LIGADA A LA INDEPENDENCIA DE LA JUSTICIA.

Para entrar más directamente en el tema, es necesario comprender y explicar la responsabilidad de la justicia, desde un punto de vista teórico, o al menos no aplicada a casos específicos (A). Pero después de esta visión de conjunto de la responsabilidad, es necesario también, ver su aplicación en dos campos clásicos del funcionamiento anormal de la justicia a saber: el error judicial (B) y la detención provisional cuando ésta se manifiesta abusiva (C). Después del estudio de los principios de la responsabilidad de la administración de justicia, conviene mirar los mecanismos de su puesta en ejecución (D).

A/ La responsabilidad de la administración de justicia.

Uno de los lineamientos fundamentales de la justicia es su responsabilidad. Ella le da una gran parte de su legitimidad a un Estado democrático y liberal. En España esta legitimidad se apoya en dos pilares, el primero: en sus relaciones con el Estado, donde prima la independencia y la irresponsabilidad, el segundo en las relaciones con los ciudadanos justiciables, donde se prevé la responsabilidad.

La pregunta que podemos hacernos para abrir este tema es la de saber si la función de la justicia tienen necesidad de una irresponsabilidad para cumplir con su misión y guardar su independencia? El funcionamiento de la justicia para ser eficaz necesita que la administración tome distancia del poder, y también del Estado. Esta ruptura, de los que, de todos modos, siguen siendo parte de la administración estatal, le facilita a la justicia existir por si misma, al lado de la administración. La independencia permite a la justicia alejarse de la acción del Estado, y en todo caso, de no estar asociada con éste. Como la administración pública que no goza de una buena reputación en la mentalidad española, la

justicia debe siempre mostrar más independencia y más irresponsabilidad en torno al Estado¹⁹.

La irresponsabilidad de la justicia para el Estado, permite que la acción del Estado, en tanto que juzga, -Estado Juez-, no tenga cuentas para rendirle al Estado, en todas las demás funciones²⁰. Esta irresponsabilidad se explica por el hecho de que la administración de justicia se mantiene a sí misma. En efecto, su jerarquía como lo vimos, es totalmente desconectada con el Estado, el Consejo General del poder judicial se encarga de todos los problemas que tienen relación con la justicia y su actuación. La búsqueda de la responsabilidad en torno al Estado y la independencia en torno a ella, permite a la justicia fortalecer su legitimidad, la cual, por cierto ha venido de la caída en España, desde el punto de vista histórico.

A continuación se verá cómo a pesar de que la justicia se separó del Estado, hace falta más responsabilidad con respecto a los ciudadanos para procurar su legitimidad.

Como el resto de la administración española, la justicia es responsable de sus actos delante de los ciudadanos, delante de la Nación, en una palabra delante de quien verdaderamente detenta el poder. El Estado de derecho y la democracia, que son los fundamentos ideológicos de la Constitución de 1978, se han traducido en el sentido de que concierne a la justicia, la responsabilidad por las decisiones perjudiciales. Es claro que cuando funciona mal la justicia o falta uno de sus agentes, debe aparecer esta responsabilidad.

En España, el juez, en el sentido amplio del término, no es percibido como un defensor natural de la Ley, del derecho y de los derechos. Por el contrario, también el sometimiento a la responsabilidad, y a la vigilancia de cada justiciable,

¹⁹ Claudio Movilla Alvarez, la responsabilidad del Estado Juez, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XIX, 1992, p. 437 a 479.

²⁰ Germán Fernandez-Farreres, la responsabilidad patrimonial del Estado Juez, *Poder judicial*, XII, 1984, p. 61 a 70.

REVISTA VIRTUAL VIA INVENIENDI ET IUDICANDI

"CAMINO DEL HALLAZGO Y DEL JUICIO"

<http://viei.usta.edu.co/> E-MAIL: revistainveniendi@usantotomas.edu.co

aún potencial – es decir de todos y de cada uno-. A pesar de la independencia y la irresponsabilidad, el juez es un miembro del Estado, uno de sus brazos, porque la justicia es una de sus misiones primarias²¹. La vigilancia de la opinión pública ejercida en torno a la justicia es entonces salvadora de su legitimidad. El poder del juez en España es importante, lo que es clásico en nuestras democracias liberales²², pero su peso en la sociedad y en la opinión pública es más débil que en Francia por ejemplo. Como ya se había afirmado, y para retomar consideraciones más jurídicas, el derecho español moderno no se construye sobre la jurisprudencia, sino por el contrario sobre la Ley. El jurista español tiene una tendencia natural, a desconfiar de la jurisprudencia y de su obra, y del aporte a los fallos. La noción de Sentencia y reglamentos es frecuentemente colocada –en todo su espectro- para limitar el impacto de la misma jurisprudencia sobre el derecho.

La responsabilidad de la justicia nos demuestra la atención que se presta en España, para tratar de colocar al Estado -y en todas sus ramificaciones posibles- delante de su responsabilidad por sus actos. En cuanto a la administración de justicia –que sigue siendo autónoma e independiente-, su responsabilidad remonta a lo largo de la jerarquía de las jurisdicciones para finalmente terminar en el Estado. El Estado español es entonces, responsable de su justicia. Esto puede parecer como una afirmación dogmática, pero permite constatar la implicación estatal de la responsabilidad en la justicia²³. El justiciable, mientras pueda colocar a la justicia frente a sus actos perjudiciales, sus faltas y sus errores de funcionamiento, está haciendo tomar conciencia a los jueces de la responsabilidad que esta labor conlleva y se convierte en una garantía de independencia, en ella misma, lo que terminado dando a la administración de justicia una mayor legitimidad. La responsabilidad y la independencia son entonces, los pilares de la legitimidad de la justicia, y en el espíritu español, el uno va no va sin el otro.

²¹ Alvarez Claudio Movilla, op. Cit.

²² Ley orgánica 6/1985 del 1 de julio de 1985: “del poder judicial”.

²³ Claudio Movilla Alvarez, op. cit

Pero toda esta teoría ¿Cómo se aplica en los hechos de la responsabilidad de la justicia? Dos casos escénicos deben ser analizados aquí: la responsabilidad por errores judiciales y aquella relacionada con las detenciones provisionales.

B/ La responsabilidad del Estado por errores judiciales.

He aquí una expresión jurídica recurrente. El error judicial es un mal que puede golpear la justicia, a pesar de todas las precauciones y seguridades que se logren tener. Despues de haber identificado la noción del error judicial, se continuará con el estudio de las condiciones en las cuales ésta comporta la responsabilidad de la justicia.

Para definir la noción de error judicial, nosotros podríamos decir para simplificar que “es un error de la justicia”. Esta explicación es poco convincente pero los textos pueden contribuir a aclarar esta noción.

En Derecho Español el Código Penal no habla directamente del error judicial, pero su artículo 121 enuncia que el Estado debe responder por los errores de la administración, lo que se debe comprender en el sentido más amplio posible, y engloba la administración de justicia²⁴. El error judicial puede ser identificado cuando la justicia se equivoca y condena por un error. Hace falta decir que un error debido a un vicio de forma, no puede en España, en ningún caso, comprometer la responsabilidad de la justicia y del Estado, ni la indemnización del perjuicio sufrido.

La Constitución española habla del error judicial en su artículo 121 ya citado, pero la norma fundamental asocia este error de la justicia, al funcionamiento anormal de la administración de la justicia, lo que desencadena una reparación de daños

²⁴ Claudio Movilla Alvarez, Responsabilidad del Estado y del Juez en los supuestos de la prisión provisional injusta, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XVIII, 1996, p. 1 a 24.

causados a cargo del Estado. El caso del error judicial ha sido extensamente visualizado por la Constitución y ha sido diluido en el mecanismo general que permite comprometer la responsabilidad de la administración de justicia.

Es evidente que el haber previsto la posibilidad de un error judicial y de un mal funcionamiento de la justicia, permite a los españoles darle mayor confianza al justiciable con respecto de su justicia. El mensaje jurídico dado, es el de que ciertamente el error existe, lo infalible es imposible, pero esta existencia reconocida del error judicial es la mejor prueba de la responsabilidad de la justicia, porque una justicia que reconoce que ella se puede equivocar y que los errores se deben reparar.

Pero, anunciar la existencia de un error judicial siempre posible será inútil en los hechos si no está acompañado de los mecanismos jurídicos propios, para comprometer la responsabilidad de la administración de justicia y detrás de ésta, la del Estado. Por ello hizo falta, después de la enunciación del principio de la Constitución, concretar que esta responsabilidad instaura un régimen jurídico específico, el cual se verá a continuación.

En cuanto a este régimen: la cuestión central es la de saber ¿cómo?, después del reconocimiento jurídico del error judicial por las jurisdicciones competentes –en particular, en caso de revisión-, ¿el cuestionable lesionado por este error puede cuestionar la administración de justicia y puede llevarla a responder por su error delante de la justicia?. A continuación veremos como también existe de la reparación en el sentido pecuniario del término. Aquí lo que nos interesa en primer lugar, es conocer el régimen de la responsabilidad, de saber ¿a qué tiende esta facultad que el justiciable pueda demandar a la justicia para que sea responsable de sus actos?.

REVISTA VIRTUAL VIA INVENIENDI ET IUDICANDI

"CAMINO DEL HALLAZGO Y DEL JUICIO"

<http://viei.usta.edu.co/> E-MAIL: revistainveniendi@usantotomas.edu.co

La responsabilidad en caso de error judicial responde entonces, a una voluntad constitucional. El error judicial es considerado, mientras no haya falta grave del magistrado -caso que se verá más adelante-, como un error de funcionamiento administrativo lo que significa que el derecho administrativo clásico se aplica como para cualquier otra administración. Esta lectura de la Constitución de 1978 ha sido confirmada y explicada en una Sentencia del Tribunal constitucional en 1986²⁵, que precisa que todos los ciudadanos y todos los poderes públicos están sometidos a la Constitución, que la administración en el sentido más general, está sometida a una responsabilidad clásica en caso de funcionamiento anormal que haya causado perjuicios. Son entonces, las cámaras o secciones del contencioso administrativo las que se encargan de estatuir sobre la responsabilidad de la justicia y esto en el marco de la Ley de 1956²⁶, completada en 1998²⁷, y la responsabilidad adscrita a la administración de justicia se pliega obligatoriamente, a las reglas de la responsabilidad administrativa. Para simplificar, siempre que el error o el funcionamiento anormal se haya reconocido por una jurisdicción, se deberá comprometer la responsabilidad porque la administración falló.

Esta simplicidad en el régimen permite una claridad en la situación porque el justiciable sabe a qué régimen se enfrenta la administración en todos los casos especiales. Pero el error judicial no es el único caso posible del mal funcionamiento de la justicia en España, al igual que en los otros países liberales se utiliza un instrumento clásico del procedimiento penal, cual es la detención preventiva. A continuación veremos como la legislación española, trata en lo posible de atenuar los efectos, los cuales pueden ser muy perjudiciales en caso de abuso en esta práctica.

C/ Una responsabilidad protectora en materia de detención provisional.

²⁵ Decisión del Tribunal constitucional 108/1886 del 29 de septiembre de 1986.

²⁶ Ley del 27 de diciembre de 1956: "Regulación de la Jurisdicción Contencioso Administrativa".

²⁷ Ley del 29 de 1988 del 13 de julio de 1998: "Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa". Ver Manuel Martínez Bargueño, *La Materia de Personal en la Ley 29/ 1998 del 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*", *Ciberrevista de Derecho Administrativo*, IX, enero-marzo 1999. p.1 a 10.

Aquí, existiendo la voluntad de eliminar la inequidad que ha golpeado al justiciable, víctima de un mal funcionamiento de la administración de justicia, la meta perseguida es la de impedir, o al menos, limitar el uso abusivo de este instrumento que es la detención provisional, especialmente para limitar el uso de este instrumento que puede revelar liberalidad, si no está blindado por una responsabilidad, siempre posible.

La justificación de la detención preventiva es la de permitir el buen encadenamiento de la justicia, así como la de proteger las víctimas y la sociedad en general. Esto permite apartar los individuos potencialmente peligrosos, vistos como tales, de su entorno habitual durante el tiempo de la instrucción, por los servicios encargados de esa instrucción, los cuales a su vez han sido integrados a cada jurisdicción y siempre son asistidos por el Fiscal. Pero este instrumento, puede volverse muy peligroso para los individuos. Así como por el error judicial puede existir como un hecho que revela un mal funcionamiento de la justicia, así también existe el error judicial conducido por una detención preventiva.

En el Código penal, la detención provisional está prevista en el artículo 26 del apéndice 1, así como en el artículo 34 que declara que la detención provisional no puede refutarse como una pena. La detención provisional puede tener un alto contenido de discrecionalidad y el recuerdo franquista hace que el derecho moderno quiera encerrar esta decisión en unos límites precisos. Volviendo este sistema restrictivo, el Código Penal ha querido limitar su empleo y en caso de un uso abusivo, tener un sistema de responsabilidad y reparación. Y es el artículo 121 del Código penal, el que reglamenta la responsabilidad de la justicia en caso de detención preventiva, el que encaja la detención para evitar su exceso. Se entiende por abusiva la detención no justificada, que ocurre mientras transcurre el proceso penal²⁸. La Ley orgánica sobre el poder judicial de 1985²⁹, en su artículo

²⁸ Claudio Movilla Alvarez, Responsabilidad del Estado y del Juez en los supuestos de prisión provisional injusta, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XVIII, 1996, p. 341 a 388.

²⁹ Ibídem

294 establece el principio de la responsabilidad de la justicia en caso de detención provisional, la reparación se deduce directamente de esta responsabilidad. La jurisprudencia ha venido a reforzar el sistema: La Sentencia del Tribunal Supremo del 27 de enero de 1989 decide la responsabilidad de la justicia y compromete automáticamente, en caso de detención provisional injustificada y abusiva. Además, la jurisprudencia se mantiene en estas bases, haciendo avanzar el sistema de responsabilidad y reparación³⁰.

El debate al interior de la doctrina, es el de saber si la detención provisional, preventiva, es un acto que puede revelar el mal funcionamiento de la justicia o al contrario, su buen funcionamiento. Porque el artículo 294 párrafo 1, de la Ley orgánica sobre el poder judicial no habla del mal funcionamiento de la justicia, por cuanto la detención provisional, que después del proceso es considerada como no justificada por la inocencia demostrada y juzgada, ha sido enunciada en un principio, en un contexto de normal funcionamiento. Hay entonces una diferencia fundamental con el error judicial, que entra en el contexto constitucional del funcionamiento anormal³¹ de la administración de justicia.

La responsabilidad de la justicia se desencadena con la declaración de inocencia definitiva. El caso de vicios en el procedimiento, no entra en esta hipótesis. Así mismo, existe un recurso de apelación siempre posible, después de la Sentencia de declaración de inocencia. Si la responsabilidad permite entonces limitar los efectos desastrosos que puede tener una detención provisional injustificada, reparando pecuniariamente sus efectos perjudiciales, esta defensa posible a posteriori, es también un freno a la utilización del procedimiento de detención preventiva por parte de los magistrados.

³⁰ Ibídem

³¹ Juan Martínez Cardus Ruiz, Prisión preventiva y obligación estatal de indemnización, *La Ley* del 16 de febrero de 1988, en donde el autor nos muestra que la detención provisional es útil, y cuando exista una Sentencia que declare la inocencia, la detención también se declara injustificada y da un derecho a la reparación, sin que se requiera la falta de la justicia. Este razonamiento se puede aproximar al que existe en Francia sobre responsabilidad.

REVISTA VIRTUAL VIA INVENIENDI ET IUDICANDI

"CAMINO DEL HALLAZGO Y DEL JUICIO"

<http://viei.usta.edu.co/> E-MAIL: revistainveniendi@usantotomas.edu.co

Este instrumento en el arsenal de la instrucción, el cual se permite en el Código Penal en su artículo 34, pero no debe ser utilizado frecuentemente y sobre todo, sin ninguna seguridad. Tiene una naturaleza misma de su ser “ciego”, teniendo en cuenta que ninguna Sentencia ha sido pronunciada y que finalmente las sentencias se fundan en un debate de pruebas o de hipótesis del magistrado encargado de la instrucción, de manera directa o adscrito a la jurisdicción o al fiscal.

Para evitar los abusos o el establecimiento de una jurisdicción sistemática, el derecho español ha colocado una responsabilidad directa, que desemboca, después de una declaración de inocencia, en una demanda del justiciable lesionado, para permitir la disuasión y el fortalecimiento de reflexión madura en cuanto a su utilización. Pero esto no es óbice para que hablemos de instrumento “frenado” porque la seguridad existe a posteriori, después de la detención provisional y durante el juzgamiento, pero lo que si es cierto es que la perspectiva de una posible participación en la responsabilidad, limita realmente la utilización de este instrumento. Efectivamente, conociendo que se puede iniciar un proceso de responsabilidad en contra de cualquier juez que la ordene, por una utilización injustificada, éste se cuida de dejar constancia de todas las justificaciones posibles³².

Hemos visto entonces, cómo el mal funcionamiento de la justicia, puede dar lugar a la responsabilidad de la administración de justicia, así mismo, que en el caso de la detención preventiva injustificada hay responsabilidad objetiva del Estado, aunque ésta no sea siempre constitutiva de falta. Ahora veremos como no es posible comprometer la responsabilidad , si no hay mecanismos de remisión seguidos de mecanismos de reparación.

D/ Los mecanismos de aplicación de la responsabilidad bien ejecutados.

³² Claudio Movilla Alvarez, Responsabilidad del Estado y del Juez en los supuestos de prisión provisional injusta, op, cit.

REVISTA VIRTUAL VIA INVENIENDI ET IUDICANDI

"CAMINO DEL HALLAZGO Y DEL JUICIO"

<http://viei.usta.edu.co/> E-MAIL: revistainveniendi@usantotomas.edu.co

En efecto, con la afirmación de la responsabilidad del Estado por hechos de la justicia, hace falta que el derecho español demuestre una continuidad en su visión del Estado liberal. La responsabilidad y la reparación están unidas por la Constitución, lo que otorga el derecho a la reparación, a una "indemnización" según la terminología española, un peso no despreciable en el ordenamiento jurídico. Este derecho a la indemnización supone la aplicación de mecanismos para aprovechar la jurisdicción en el caso de error judicial o de detención provisional injustificada, pero también, los mecanismos que permiten una reparación efectiva por los justiciables.

Aquí, lo que ha prevalecido para el legislador es la simplicidad, o en todo caso la voluntad de la simplicidad. Partiendo de la idea que no hace falta agregar al error o al mal funcionamiento de la justicia, la complejidad de trámites especiales ante diferentes jurisdicciones, el derecho español ha implementado un sistema bastante clásico. El justiciable, lesionado por una intervención de la justicia, cualquiera que sea esta intervención debe aprovechar la decisión que lo ha vuelto inocente. El artículo 294 inciso 1, de la Ley orgánica sobre el poder judicial de 1985 es el que coloca la piedra angular al sistema. El Tribunal supremo lo completa y lo desarrolla. En su Sentencia del 14 de diciembre de 1989, se estatuye en el contexto de la detención preventiva que a partir del momento, en que sea declarada la inocencia, ya sea de una manera o ya sea de otra, la persona tiene derecho a accionar contra el Estado. Esta decisión es suficiente para aprovechar la jurisdicción en cuestión. La remisión de la jurisdicción de que se trata debe ir acompañada de la decisión que declara la inocencia. Aquí no hay jurisdicción especial, lo que es una consecuencia de la unidad de las jurisdicciones en España, aunque sea el derecho administrativo, denominado contencioso administrativo, el que se debe utilizar directamente, conforme a la Ley de 1956, ya

citada, así como su complemento de 1998, lo que termina siendo un legado del derecho penal³³.

La decisión que compromete la responsabilidad se da en última instancia por el Tribunal supremo, sin embargo, en esta instancia aún hay posibilidades de apelación. El artículo 61 de la Ley orgánica sobre el poder judicial de 1985 prevé la posibilidad de utilizar en última instancia una sesión *ad hoc* de revisión. Pero en la práctica, todo el procedimiento se hace ante las sesiones normales de la jurisdicción suprema.

El plazo para accionar después de la declaración de inocencia es de tres meses después de esta decisión -artículo 293 párrafo 1 de la Ley orgánica sobre el poder judicial-. Habiéndose establecido el procedimiento de la remisión, lo que quiere decir que este plazo fue bien calibrado. Esta simplicidad de la cual hay muy pocos comentarios por hacer, abre el camino a la reparación que debe hacer la administración de justicia por su mal funcionamiento.

Respecto de los mecanismos de reparación, aunque sea la justicia la que hubiere cometido un error y a pesar de la autonomía y la independencia conferida a esta administración, es el Estado central, quien es patrimonialmente responsable. Una vez remitida, la jurisdicción, en su cámara y en su división o sección, según sea la apelación prevista en el contencioso administrativo, debe juzgar el grado de gravedad del error, y debe cuantificar el monto de la indemnización. El sistema es el mismo que se utiliza para el resto de la administración clásica³⁴. Este se ha implementado bien porque por ejemplo, la jurisprudencia ya creó una matriz de indemnización³⁵. Esto no quiere decir que vayamos a esconder la extrema complejidad de esa matriz, en donde se entrecruzan numerosos criterios: importancia de error, perjuicio moral, economía familiar, profesional, etc.,

³³ Claudio Movilla Alvarez, Responsabilidad del Estado y del Juez en los supuestos de prisión provisional injusta, *op. Cit.*

³⁴ Germán Fernandez-Ferreres, *op cit.*

³⁵ Xavier Sambola, "Acerca de la reparación integral del daño en los casos de responsabilidad patrimonial de la administración", febrero del 2001, p. 1 a 2.

permitiéndose una fórmula para evaluar la indemnización. Pero lo cierto es que, es muy difícil cuantificar los perjuicios sufridos y apreciación rápida la suma a otorgar, sin tener ningún parámetro. Un solo día de privación de la libertad y de encarcelación podría llegar a ser fácilmente cuantificable. Sin embargo, los jueces debieron sobreponerse a estas dificultades morales para finalmente encontrar un sistema de indemnización. Lo importante a resaltar es que la doctrina española no critica, en sus grandes líneas la matriz implementada³⁶. De todas maneras, siempre será más justo hablar, en lugar de reparación, de una tentativa de reequilibrio de los agravios sufridos.

Para volver a consideraciones más jurídicas, es importante hacer notar que la jurisprudencia, en particular, el Tribunal supremo, se apoya principalmente en el derecho administrativo –que sirve especialmente para los mecanismos de la reparación pecuniaria- bajo el supuesto del artículo 121 de la Constitución de 1978.

Entonces, se concluye que en España la reparación existe, lo que otorga a la responsabilidad de la justicia en España una vida real, y permite entonces, una responsabilidad creciente de ella. Pero en el caso del funcionamiento anormal de la justicia, se recuerda que la detención provisional no compromete la responsabilidad de la administración.

Las faltas de los magistrados son también posibles y están previstas en el derecho español. Una de las preguntas que nos hacemos hoy es la de ¿saber si los magistrados españoles están en igualdad de condiciones en cuanto a su responsabilidad con otros agentes del Estado?

2. ¿LOS JUECES SON FUNCIONARIOS COMO LOS OTROS?

³⁶ Claudio Movilla Alvarez, la responsabilidad del Estado Juez, *op. Cit.*, que resume bien el conjunto de puntos de vista de la doctrina sobre este punto.

REVISTA VIRTUAL VIA INVENIENDI ET IUDICANDI

"CAMINO DEL HALLAZGO Y DEL JUICIO"

<http://viei.usta.edu.co/> E-MAIL: revistainveniendi@usantotomas.edu.co

En el sistema español de 1978 la administración ha sido sometida a una responsabilidad directa. Pero el derecho ha ido más lejos, creando en caso de falta personal demostrada de un agente del Estado, un sistema de responsabilidad directo. De todos modos, puede existir una acción mixta por la cual el administrado ataca inicialmente solo a la administración, quien a su vez, por una acción de repetición demandará cuentas al agente sobre la parte del perjuicio, de la cual él es responsable. Los magistrados no escapan a esta regla. Si efectivamente, frente al Estado, los magistrados tienen un estatuto particular que garantiza su independencia, no es lo mismo frente a los justiciables, por cuanto su responsabilidad directa es una de las fuentes de legitimidad. A continuación serán expuestos los diferentes ángulos de ataque de la responsabilidad de los magistrados (A) después los mecanismos de trámite y de cuestionamiento (B).

A/ El grado de responsabilidad de los jueces.

En esta evolución veremos como la responsabilidad se despliega, muy clásicamente, en tres ejes: una responsabilidad civil que afecta el patrimonio de los magistrados -pero, donde es posible la intervención de la administración de justicia-, una responsabilidad penal que afecta directamente y únicamente al magistrado cuestionado y por último, una responsabilidad disciplinaria.

Respecto de la responsabilidad civil, esta es seguramente la clasificación más conocida y desarrollada de la responsabilidad en el derecho. El magistrado como agente del Estado español, está sometido a la responsabilidad civil. Aquí es aún famosa la ley orgánica del poder judicial que rige en este campo. Aunque el juez sea irresponsable frente al poder ejecutivo y al legislativo, su responsabilidad civil, existiendo el corolario de la independencia, es indispensable.

El artículo 411 de la ley es muy claro en cuanto a la responsabilidad de los magistrados quienes “deben responder civilmente por los daños y perjuicios que

hayan causado en el ejercicio de su función, por haber cometido un dolo o un fraude". Los artículos 412 y 413 de la ley van en la misma vía, desarrollando esta responsabilidad civil, pero el artículo 413 párrafo 2 se enuncia que esta responsabilidad no conlleva un derecho a una revisión automática de una decisión judicial que haya provocado la responsabilidad del juez.

La responsabilidad civil está subordinada a la comisión de una falta o de un dolo del magistrado, dentro del artículo 101 del Código penal, pero sobre todo dentro del artículo 1092 del Código civil³⁷. Se trata de una responsabilidad extracontractual en virtud del artículo 1093 y los magistrados responden directamente por sus faltas con sus bienes. Se anota que no existe ninguna obligación para los magistrados de suscribir un seguro para el ejercicio de sus funciones, es más, esta clase de seguro que no existe. Este sistema es criticado porque un magistrado puede ser solvente o por el contrario tener un patrimonio insuficiente, lo que puede ocasionar problemas y retardos en la indemnización de la víctima.

Esto es lo que explica que la responsabilidad civil sea la menos utilizada, de los tres tipos de responsabilidad. Veremos enseguida, cuáles son las faltas susceptibles de comprometer la responsabilidad conjunta con el estudio de la responsabilidad penal. El procedimiento para comprometer la responsabilidad civil de un magistrado es simple. Se hace ante las jurisdicciones ordinarias -ante las salas civiles penales a escogencia del quejoso- y según las reglas del derecho civil.

La responsabilidad penal, es ciertamente más reveladora del régimen puesto en ejecución, pero comporta también algunas dificultades. Es la Ley orgánica y el Código penal los que ponen en funcionamiento esta responsabilidad penal de los magistrados. Antes de ver ésta responsabilidad, conviene hacer una recapitulación

³⁷ Consejo General del Poder judicial, la prevaricación judicial, *Cuadernos de Derecho Judicial*, No 4, 1994, p. 1 a 20.

de las diferentes faltas que puede cometer un magistrado en el ejercicio de sus funciones.

La “prevaricación judicial” -falta judicial- es el término que agrupa las faltas dolosas y más o menos intencionales de los jueces. Este sistema de “prevaricación judicial” –en Colombia se llama prevaricato-, remonta al derecho romano y aparece muy temprano en España, al mismo tiempo que la responsabilidad de la justicia. El caso típico es aquel del juez que viola la ley, por razones políticas, ignorancia, o aún, por motivos personales. Esta tercera categoría está lejos de ser minoritaria en la jurisprudencia española³⁸, la violación de la ley por razones políticas, cuestiona directamente la independencia y la imparcialidad del juez.

La “prevaricación judicial” es definida más extensamente como “toda falta o acción voluntaria que va contra la obligación a cargo del magistrado”³⁹. Esta definición aclara las funciones precisas del juez. La “prevaricación judicial” remonta textualmente al Código Penal de 1822, desde el punto de vista penal, esta prevaricación judicial es considerada como un delito contra la administración de justicia.

La ley orgánica enumera tres grandes categorías de faltas constitutivas de la “prevaricación judicial”, faltas muy graves, faltas graves y faltas ligeras (artículo 416, párrafo 1). Los plazos de prescripción varían según la falta, de dos años para las faltas más graves, a un año para las faltas graves y seis meses para las faltas ligeras.

El artículo 417 de la misma Ley da una lista exhaustiva de las faltas muy graves, especialmente la traición al deber de fidelidad a la Constitución, -todos los agentes, cualquiera que sea el rango o su estatuto deben prestar juramento a la

³⁸ María Casas Estevez Javier, La prevaricación judicial, *Noticias Jurídicas*, julio de 1999, p. 1 a 7.

³⁹ Carlos Vieites Pérez, Delitos de prevaricación, nueva regulación dentro de los delitos contra la administración de justicia por efectos de la supresión del antequicio, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1997, No 4, páginas 1 a 15.

REVISTA VIRTUAL VIA INVENIENDI ET IUDICANDI

"CAMINO DEL HALLAZGO Y DEL JUICIO"

<http://viei.usta.edu.co/> E-MAIL: revistainveniendi@usantotomas.edu.co

Constitución-, la adhesión o la filiación a un partido político, las tentativas de presión sobre un magistrado, la violación de las incompatibilidades ligadas a la función, los errores debidos a la inatención voluntaria en la ejecución del derecho, el caso de corrupción, abuso de funciones para obtener ventajas y la violación del secreto de la instrucción. Todas estas faltas son constitutivas de falta muy grave por parte de un magistrado.

La falta grave está contemplada en el artículo 418 de la Ley, y al igual que para la falta muy grave, existe una lista. Estas faltas desencadenan la responsabilidad penal de los magistrados, pero su menor gravedad permite cierta flexibilidad y puede que no comprometa sino la responsabilidad civil. Entre las faltas graves, figuran la falta de respeto en torno a la jerarquía del poder judicial, así como la crítica de la justicia, las recomendaciones dadas sobre una Sentencia a un magistrado, el hecho de servirse de la posición y del status del juez para dirigir la acción de la administración, el abuso de autoridad con los agentes del Estado que laboran con la justicia, o aún, el olvidar la autoridad y la responsabilidad en torno a sus funciones, el revelar algunas de las piezas de la instrucción, pero a un nivel más débil que para la falta grave, la ausencia no justificada de tres a siete días de la jurisdicción, el comportamiento en actos públicos. Estos son los casos más importantes de faltas graves.

La última categoría de faltas, las faltas ligeras, ha sido enunciado en el artículo 419 de la Ley, toma los casos no tenidos en cuenta en las faltas muy graves y graves, pero que son constitutivas de una acción o falta culposa por parte del magistrado. Los casos enunciados son: la falta de respeto al superior jerárquico que no encajan en la falta grave, el desinterés en torno a los auxiliares de la justicia, el sobrepasar los términos injustificadamente, el rechazo para seguir las indicaciones dadas por el Consejo General del poder judicial y por el Presidente de la jurisdicción a la cual pertenece el magistrado.

REVISTA VIRTUAL VIA INVENIENDI ET IUDICANDI

"CAMINO DEL HALLAZGO Y DEL JUICIO"

<http://viei.usta.edu.co/> E-MAIL: revistainveniendi@usantotomas.edu.co

Los artículos 405 a 409 de la Ley reglamentan la responsabilidad penal de los jueces en relación con el artículo 121 del Código penal. Toda persona lesionada, así mismo el representante del ministerio público, puede demandar la puesta en ejecución de la acción penal. El magistrado será juzgado por la jurisdicción ordinaria, precisamente por la sección penal. Aquí la regla es la misma para todo funcionario culpable de la acción reprochable en el Código penal. El magistrado será cuestionado directamente, aún pudiendo existir una acción ordinaria contra la administración de la justicia -lo que permite una reparación más eficaz-, como en materia de responsabilidad civil. La especialidad del juez no cambia en nada su responsabilidad, especialmente en cuanto a la jurisdicción que tiene a cargo examinar el asunto.

El magistrado español es responsable penalmente, al igual que todos, en el ejercicio de sus funciones. La “prevaricación judicial”, hace admitir las faltas penales del juez es un sistema perfectamente aceptado en España. En efecto, después de 1992, 21 asuntos penales fueron sometidos a las jurisdicciones. Se anota un hecho interesante: 20 de ellas son Sentencias del Tribunal superior de justicia -las más solicitadas en este tipo de contencioso son las de Andalucía- y una sola se ha ido en apelación ante el Tribunal supremo. Los fallos condenatorios no son por procedimiento y en todo caso, ellos se pliegan al juzgamiento de sus pares. En la mayoría de los casos son especies relativas a las “prevaricaciones” por violación de la ley.

¿Son idénticas la responsabilidad civil y penal para todos los funcionarios, así como la responsabilidad disciplinaria?

La responsabilidad disciplinaria no concierne las relaciones entre el magistrado infractor y el justiciable lesionado, pero si las relaciones entre los magistrados, su función jurisdiccional y su jerarquía. El aspecto sancionador del derecho administrativo es aquí puesto en ejecución. Esta responsabilidad disciplinaria no

permite realmente reparar los daños sufridos por las víctimas, pero tiene la función de disuasión y de exemplificación para que no se produzcan las mismas faltas. El magistrado se encuentra solo frente a la máquina judicial. Es un legado de la acción penal y civil que permite confrontar la legitimidad del magistrado, porque puede ser sancionado por su superior jerárquico.

Son los artículos 414 a 416 de la Ley orgánica los que establecen la responsabilidad disciplinaria de los magistrados. Como ya los dijimos esta responsabilidad se agrega a las dos precedentes. Este complemento de sanción no ocurre sino después de haber finalizado el procedimiento civil y penal, y una vez que las decisiones se vuelven definitivas e inatacables. Las faltas son las mismas -es decir, muy graves, graves y leves- y las condiciones para comprometer esta responsabilidad responden a los mismos criterios que las otras responsabilidades. Además, se señala que ésta se compromete, automáticamente, debido a la jerarquía judicial en caso de condena civil o penal de un magistrado. La responsabilidad disciplinaria se compromete en la jurisdicción ordinaria, pero en las salas contencioso administrativas, la sola diferencia se encuentra en la cima de la pirámide de apelación, donde el último juez es el Consejo General del poder judicial. Esta responsabilidad disciplinaria es clásica, las sanciones también que van desde la amonestación -en caso de falta ligera probada-, la anotación a la hoja de vida, pasando por la multa y la suspensión por tres años. La sanción es proporcional a la gravedad de la falta, conforme a las exigencias del derecho europeo.

Nos resta estudiar los diferentes mecanismos de puesta en ejecución de las tres responsabilidades examinadas.

B/ Los diferentes mecanismos de aplicación de las responsabilidades.

REVISTA VIRTUAL VIA INVENIENDI ET IUDICANDI

"CAMINO DEL HALLAZGO Y DEL JUICIO"

<http://viei.usta.edu.co/> E-MAIL: revistainveniendi@usantotomas.edu.co

El principio de la responsabilidad de los jueces debe ser complementado por un arsenal de medidas de aplicación y de recursos propios a asegurar su eficacia. Pero ¿los magistrados son sometidos a un régimen particular, o por el contrario, se les aplica el régimen clásico de los funcionarios? La segunda solución fue la escogida por el legislador español. La consecuencia de no especificidad del procedimiento aplicable a los magistrados es que éstos terminan siendo juzgados por otros jueces, que podrían llegar a tener la misma función y las mismas debilidades.

Para introducir, la evolución de los recursos jurídicos en caso de una responsabilidad de un magistrado, se recuerda que el juez está sometido a una responsabilidad idéntica a aquella de otros funcionarios, la sola diferencia, es la independencia que los caracteriza. Esta pertenencia a la función pública les permite también, estar sometidos a posibles sanciones administrativas. Las condiciones para comprometer la responsabilidad de un magistrado han sido enunciadas claramente por el Tribunal Superior de justicia de Cataluña, el 15 de enero de 1993⁴⁰, que se apoya en la ley orgánica para el desarrollo del cuestionamiento a un magistrado. El Tribunal enuncia que la función dañina debe haberse cumplida en el contexto de las funciones del magistrado. Las condiciones que siguen, declaradas como especiales e indispensables en la demanda que se dirige contra un magistrado, expresan los diferentes criterios que deben reunirse. Primero, el asunto no debe estar pendiente ante una jurisdicción, es decir, la decisión debe ser definitiva -esto se extrae del artículo 413 de la Ley-. Se comprende ampliamente las razones de esta exigencia, porque es necesario que efectivamente la falta presumida del juez sea atacable. En segundo lugar, es necesario que todos los plazos, según el tipo de falta hayan causado el daño alegado no hayan caducado. El tercer criterio reside en la violación flagrante de la ley, por el magistrado dado por la violación manifiesta de aquella. El cuarto criterio

⁴⁰ López Muñoz Rianzares, *op. Cit.* Hay otras jurisprudencias anteriores. La primera fue del Tribunal Supremo del 10 de octubre de 1987, pero ésta del Tribunal superior de justicia de Cataluña es la primera que enuncia claramente las condiciones para comprometer la responsabilidad.

enunciado por la jurisdicción suprema de Cataluña, es que exista un daño con un nexo de causalidad frente a la acción que se le incrimina al magistrado.

El Tribunal supremo, el 10 de junio de 1995 completó este último criterio indicando que los daños deben ser cuantificables y que la falta alegada para el magistrado debe ser la consecuencia directa de este daño. El Tribunal supremo se apoya en el artículo 1902 del Código civil. Si este no es el caso, la acción contra el magistrado estará viciada de nulidad. La jurisprudencia, que ha sido constante califica tres tipos de falta -muy grave, grave y ligera- falta inexcusable⁴¹, ignorancia de la voluntad inexcusable. Esta calificación permite al justiciable no acusar directamente una de las tres faltas, sino simplemente de acudir a la jurisdicción por falta o voluntad inexcusable, y es la jurisdicción la que calificará la falta del magistrado. Este sistema presenta también mucha simplicidad procedural. Es al comienzo del procedimiento que la víctima debe escoger su ángulo de ataque, la justicia por mal funcionamiento o por funcionamiento anormal o el juez por falta inexcusable lo que compromete su responsabilidad personal. También veremos que puede existir una responsabilidad compartida.

El derecho aplicado al magistrado cuestionado, es el mismo para todos los funcionarios, una vez que se haya iniciado el procedimiento, por cuanto se ha cumplido con los requisitos. Es la Ley de 1956 sobre el contencioso administrativo, modificada en 1998 la que se aplica, y es la que a su vez obliga a los magistrados a utilizar las reglas civiles y penales clásicas. Hace falta citar aquí una Sentencia de la Audiencia nacional del 2 de marzo de 1991 que precisa que, aunque los magistrados hagan parte del poder judicial independiente y sean desprovistos de toda responsabilidad respecto del Estado, con respecto a los ciudadanos, tanto estos funcionarios como los otros, deben comprometer su responsabilidad.

⁴¹ Ibidem.

REVISTA VIRTUAL VIA INVENIENDI ET IUDICANDI

"CAMINO DEL HALLAZGO Y DEL JUICIO"

<http://viei.usta.edu.co/> E-MAIL: revistainveniendi@usantotomas.edu.co

Después del estudio de los recursos disponibles para los justiciables lesionados por un magistrado, debemos examinar la jurisdicción competente para conocer de esta responsabilidad: *"El juez juzgado por sus pares"*.

Tal y como lo dijimos, son las jurisdicciones ordinarias las competentes para este tipo de contenciosos. La repartición la interior de la justicia – ya que poco importa su nivel o la instancia-, se hace de manera sencilla: en caso de cuestionamiento de la responsabilidad civil de un magistrado, será la sala civil la que decide el asunto, en caso de responsabilidad penal, será la sala penal, y por último en caso de responsabilidad disciplinaria, será la sala de lo contencioso administrativo -con una excepción ya citada, en la parte más alta de la jerarquía para la apelación, la competencia es del Consejo general del poder judicial-. Son los jueces ordinarios los que juzgan a otros jueces ordinarios y algunas veces puede ser la misma jurisdicción, entre colegas.

En el caso de la responsabilidad civil y penal, el procedimiento es el del derecho común, como para cualquier funcionario o ciudadano. En lo que concierne a la responsabilidad disciplinaria hay algunas diferencias. En efecto, es el juez ordinario del contencioso administrativo el que decide el hecho de saber si el magistrado cuestionado es culpable o no, pero en caso de que la respuesta sea afirmativa, el artículo 421 de la Ley orgánica le da el poder de determinar la sanción a ciertos órganos únicamente. Todo depende de la falta cometida por el magistrado culpable. En caso de falta ligera, todo juez puede pronunciar la sanción. En este caso es el juez que haya pronunciado la culpabilidad, el que produce la sanción. Por el contrario, en caso de falta grave son las salas plenas del Tribunal superior de justicia, de la Audiencia Nacional del Tribunal Supremo, las que pronuncian la sanción. Para las faltas muy graves, es la Comisión disciplinaria del Consejo General del poder judicial que la impone. Además, puede darse una sesión plenaria del Consejo General en caso de destitución de un

magistrado⁴². El magistrado goza del derecho a la defensa como cualquier justiciable y esto, en todas las instancias del procedimiento. Mientras que la condena final, no susceptible de apelación, no sea tumbada, él se beneficiará de la presunción de inocencia y permanecerá en el cargo, salvo el caso de la falta muy grave que conlleva como sanción la destitución y que autoriza la suspensión temporal⁴³.

Podemos hacer una crítica a este sistema: son los jueces ordinarios quienes conocen y juzgan a los magistrados cuestionados. Los riesgos de colisión, de solidaridad de cuerpo, pueden existir y no son despreciables. Pero los españoles siguen estando en el límite del derecho. Otra crítica recurrente, pero esta sí en todos los sistemas jurídicos es la de ¿quién va a juzgar a los jueces supremos?

CONCLUSIÓN

Antes de cerrar este estudio sobre la responsabilidad de la administración por hechos de la justicia en España, en el caso del funcionamiento anormal de la justicia, o en el caso de falta de un magistrado, o por último en el caso de detención provisional injusta, debemos invocar la influencia de la Convención Europea de los derechos del hombre y la jurisprudencia de esta Corte. El juez y la jurisdicción deben ser equitativos y los daños deben ser reparados. Desde la decisión del Tribunal constitucional STC 5/1985 del 23 de enero de 1985, el juez constitucional en España demanda la aplicación estricta de estos principios⁴⁴.

Para concluir, el sistema de la responsabilidad de la justicia y de los jueces en España no es perfecto, pero permite tener en cuenta los errores siempre posibles de la justicia y de los jueces e implementar mecanismos que vienen siendo bastante eficaces. El caso de España, régimen que desde la salida de la

⁴² López Muñoz Rianzares, *op cit.*

⁴³ Ibidem

⁴⁴ Claudio Movilla Alvarez. La responsabilidad del Estado-Juez, *op. cit*

dictadura, ha querido dar grandes pasos hacia la democracia, se concluye que no han recorrido un camino en vano y que pueden servir de modelo para muchos países de América Latina.

BIBLIOGRAFÍA

1. Código Civil Colombiano, Legis, 2006
2. Código Civil Español, Tecnos, 16e ed, 1997, 777 p.
3. Código Penal Español, Tecnos, 5e ed, 1999, 595 p.
4. Código Penal Colombiano, Legis 2006
5. Código Único Disciplinario de Colombia, o ley 734.
6. Constitución Política de Colombia, 1991. Con sus reformas,
7. Constitución Española, Centro de Estudios Procesales, 3e ed., 1996, 211 p.
8. Corte Suprema de Justicia en Colombia, Sentencia sobre error judicial e independencia de los jueces: Consultado en Internet: página web: ramajudicial.gov.co, el 14 de julio de 2009.
9. Consejo de Estado en Colombia, Sentencias sobre error judicial, privación injusta de la libertad: Consultado en Internet: Página web: ramajudicial.gov.co, el 14 de julio de 2009.
10. Casas Estévez Javier María, *la prevaricación judicial*, noticias jurídicas, julio 1999, p. 1-7.
11. Celsa Pico Lorenzo, *incidencia sustantiva y procedimental en el ámbito sancionador con referencia a su exigibilidad*, cuadernos de Derecho Judicial, 1996, N° XXI, p. 503-558.
12. Consejo General del poder judicial, la prevaricación judicial, cuadernos de Derecho Judicial, 1994, n° 4, p. 1-20.
13. Cuaderno Llata José Ramón, *Extensión de efectos de las sentencias dictadas por los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativo*, Ciberrevista de Derecho Administrativo, julio – septiembre 1999, n° 11, p.1-7.
14. Decisión del Tribunal Constitucional 108/1986 del 23 de septiembre 1986, BOE, nº 193.

15. Deguerque Maryse, *"La responsabilidad del estado por hechos de la justicia"*, traducción del Francés al español por Corina Duque Ayala, publicado por la Editorial de la Usta. 2010.
16. Fernandez – Farreres Germán, *la responsabilidad patrimonial del Estado* – Juez Poder Judicial, primera época, 1984, n° 12, p. 61-70.
17. Jauralde Morgado Eduardo, *la responsabilidad del juez, poder judicial*, primera época, 1982, N° 3, p. 15-16.
18. Ley Estatutaria de la Organización de Justicia, o Ley 270 de 1996.
19. Ley Orgánica 3/1981 del 6 de abril de 1981, "Del Defensor del Pueblo", noticias jurídicas, 1989.
20. Ley Orgánica 6/1998, del 13 de julio de 1998, <<La Reforma de la Ley Del Poder Judicial", notic jurídicas, 2000.
21. Leyes Políticas del Estado, Madrid, Editorial Civitas, 1997.
22. López Medina, Diego *"El derecho de los jueces"*, Bogotá, Legis 2006.
23. López Guerra, Derecho Constitucional, Tirant lo Blanch, 3e edición, 1997, 478 p.
24. López Muñoz Riansares, *Independencia y responsabilidad del juez*, Revista Gen Informática de Derecho, 1997, p1-21.
25. Manzano García Pablo, *responsabilidad patrimonial por funcionamiento de la administración de justicia*, cuadernos de Derecho Judicial, 1996, N° 14, p. 1-12.
26. Marín Castán Francisco, *capacidad de influencia del juez sobre el objeto del proceso y congruencia de la sentencia*, cuadernos de Derecho Judicial, 1996, N° XXII, p. 489-523.
27. Martínez Bargueño Manuel, la materia de personal en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de jurisdicción contencioso administrativa, Ciberrevista de Derecho Administrativo, enero – marzo 1999, n° 9, p.1-10.
28. Mata y Martín Ricardo Manuel, *el principio "non bis in idem" de la reforma de la responsabilidad penal y disciplinaria de jueces y magistrados*, cuadernos de Derecho Judicial, 1997, n° 3, p. 1-18.

29. Movilla Álvarez Claudio, *responsabilidad del juez*, poder judicial, 1988, número especial, p. 159-174.
30. Movilla Álvarez Claudio, *la responsabilidad del Estado – Juez*, cuadernos de Derecho Judicial, 1992, nº XIX, p. 437-479.
31. Movilla Álvarez Claudio, *responsabilidad del Estado y del juez en los supuestos de prisión provisional injusta*, cuadernos de Derecho judicial, 1996, nº XVIII, p. 341-388.
32. Revenga Sánchez Miguel, *independencia y responsabilidad del juez: dos valores enfrentados. El reciente debate italiano*, poder judicial, segunda época, 1989, nº14; p. 47-55.
33. Sambola Xavier, *acerca de la reparación integral del daño en los casos de responsabilidad patrimonial de la Administración*, noticias jurídicas, febrero 2001, p.1-2.
34. Sambola Xavier, *apuntes acerca de la unidad de fuero en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, noticias jurídicas, octubre 2000, p.1-2.
35. Sambola Xavier, *legitimación para ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas: los funcionarios públicos y las administraciones públicas como particulares*, noticias jurídicas, octubre 2000, p. 1-5.
36. Toro López Ángel, tipicidad, *referencia a la teoría de los tipos abiertos*, cuadernos de Derecho Judicial, 1995, nº XVII, p. 6-33.
37. Vieites Pérez Carlos, *delitos de prevaricación*. Nueva regulación dentro de los delitos contra la administración de justicia. Efectos de la supresión del antequicio, cuadernos de Derecho Judicial, 1997, nº 4, p. 1-15.