

**ROL TRIPARTÍTO DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR PRIVACIÓN
INJUSTA DE LA LIBERTAD, EN BUSQUEDA DE UNIFORMIDAD DE
DECISIONES Y SEGURIDAD JURÍDICA:**

**¿VIGENCIA ULTRACTIVA DE LA LEY O EVOLUCIÓN
JURISPRUDENCIAL?***

**The tripartite role of state responsibility for wrongful deprivation of liberty, in
search of uniformity in legal decisions and rule of law**

*Por: Carolina Martínez Peláez***

RESUMEN

Alcanzar la unificación de los criterios de responsabilidad estatal por la privación injusta de la libertad es un objetivo imprescindible de cualquier Estado Social de Derecho, puesto que con ello se garantiza la efectividad de los derechos humanos en un escenario de detenciones injustas, al igual que se fomenta un espacio de legitimidad y seguridad jurídica en este tipo de situaciones. De esta forma, se crea un grado de certeza en el derecho, el cual ya no es visto únicamente como principio legal, sino como suprema garantía que debe brindar el Estado a sus asociados

El propósito del artículo que se presenta a continuación es el de describir y analizar la línea jurisprudencial del Consejo de Estado frente al tema de la privación injusta de la libertad en nuestro país para concluir que no existe un único criterio aplicable en este tema y que por el contrario, el Consejo de Estado utiliza tres teorías diferentes para determinar la responsabilidad del Estado en privaciones injustas de la libertad y en consecuencia pone en riesgo derechos fundamentales del detenido o sindicado.

ABSTRACT

Unifying criteria in regards to state responsibility for wrongful imprisonment is an essential objective in any democratic State. Such task, guarantees the effectiveness of human rights in situations of wrongful detentions, as well as, promotes legitimacy and legal security upon the rule of law. Consequently, legal certainty is not only seen as a legal principle, but also as a supreme guarantee granted by the State to its associates.

The purpose of the article which follows is to describe and analyze the line of decisions of the State Council on the issue of unjust deprivation of liberty in our country, to conclude that there is no single criterion used in this and that rather, the State Council uses three different theories to determine State responsibility in unjust deprivation of liberty and therefore threatens fundamental rights of the detainee or syndicated.

* El artículo de investigación que se presenta a continuación hace parte de mi estudio e investigación independiente, para optar por el título de Abogada en la Facultad de Derecho de la Universidad CES.

** Estudiante de último semestre de Derecho de la Universidad CES (Medellín). Correo Electrónico: karotinez@hotmail.com

PALABRAS CLAVES: Privación injusta de la libertad, responsabilidad estatal, medida preventiva, detenciones injustas, daño antijurídico.

KEYWORDS: Unjust imprisonment, state responsibility, precaution, unjust arrests, unlawful damage.

SUMARIO

Introducción. 1. Marco teórico de aproximación al tema: contextualización y aspectos generales 2. El instituto de la privación injusta de la libertad. 3. Medida de aseguramiento. 4. Daño antijurídico. 5. Títulos de imputación de responsabilidad a cargo del Estado aplicable para el instituto de la privación injusta de la libertad. 6. Responsabilidad del Estado por la función judicial. 6.1 Error jurisdiccional 6.2 Defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. 6.3 Privación injusta de la libertad. 7. Línea jurisprudencial. 8. Gráficas. 9. Conclusiones 10. Referencias bibliográficas

Introducción

Con el presente trabajo de investigación se pretende analizar los cambios jurisprudenciales que ha venido desarrollando la Sección Tercera del Consejo de Estado y la Corte Constitucional en la construcción del régimen jurídico de responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, además de reconocer la existencia de un patrón decisional en las diversas providencias investigadas que generen seguridad jurídica para la figura de la privación injusta de la libertad a través de la construcción de parámetros uniformes que eviten las graves violaciones de derechos fundamentales y garanticen la consolidación de sistemas democráticos sólidos que respeten las normas internas e internacionales que se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico mediante el Bloque de Constitucionalidad y los tratados internacionales debidamente ratificados por Colombia.

Para cumplir los objetivos trazados se aplicó el método investigativo histórico descriptivo, y se adoptó frente a la investigación un enfoque jurídico, pues se valoraron las decisiones jurisprudenciales sobre el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado en los casos de privación injusta de la libertad, abstrayendo de las sentencias la *ratio decidendi* y analizando como se ha implantado estas decisiones en precedente judicial que guíe los parámetros de determinación de la decisión de los jueces y magistrados a la hora de valorar un caso puesto a su conocimiento, además se utilizó el análisis cuantitativo para determinar la implantación y reiteratividad de una de las teorías frente a las otras.

En la investigación histórica, se identifican fuentes primarias dentro de las cuales se ubican la legislación, la jurisprudencia y la doctrina. En lo referente a la legislación se identifican algunas normas en particular que regulan el tema:

- Artículos 4, 12, 16, 23, 28, 90 de la Constitución Política
- Artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 (anterior Código de Procedimiento Penal)

- Artículos 65 a 69 de La Ley 270 de 1996
- Artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo
- Artículos 354 a 356 de la ley 600 de 2000
- Artículos 308 a 317 de la Ley 906 de 2004
- Decreto 1400 y 2019 de 1970
- Artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Humanos
- Artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos

En lo referente a la jurisprudencia, se analizaron diferentes providencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, demandas de reparación directa, correspondientes a la Sección Tercera, que es la que trata el tema de la privación injusta de la libertad, las diferentes providencias fueron analizadas individualmente ubicando en ellas los elementos principales que permiten desentrañar la decisión del Juez, para posteriormente enmarcar la decisión en alguno de los tres regímenes, el objetivo, el subjetivo o el mixto, y frente a la Doctrina se analizaron compilaciones de autores como son Diego López, Catalina Velásquez Gil, Iván Velásquez Gómez y Eduardo García de Enterría, Beatriz Quintero y Eugenio Prieto, y el libro de Derechos Humanos en el sistema interamericano de CEJIL.

El derrotero a seguir en el desarrollo de este artículo se compone de las siguientes partes:

Como primera medida se debe contextualizar al lector sobre el problema a tratar, definiendo los conceptos que componen ineludiblemente el tema, los cuales son:

- 1) La privación injusta de la libertad en relación con los límites al poder punitivo del Estado.
- 2) Se introduce al lector sobre el tema de la detención preventiva y las medidas de aseguramiento.
- 3) Se define lo que se concibe por daño antijurídico en nuestro ordenamiento según los criterios delimitados por la Corte Constitucional y se abordan los elementos necesarios para estructurar el carácter de dicho daño antijurídico y sea comprometer la responsabilidad del Estado.
- 4) Se explican los títulos de imputación de responsabilidad a cargo del Estado aplicables para el instituto de la privación injusta de la libertad.
- 5) Se analiza la responsabilidad del Estado desde la perspectiva de la función judicial, es decir la derivada del defectuoso funcionamiento de la administración de justicia concebido como error jurisdiccional o la vía de hecho.
- 6) Se plasma la línea jurisprudencial, en esta se exponen diversas sentencias del Consejo de Estado sobre la privación injusta de la libertad, citando las más relevantes que han generado nicho citacional, es decir las sentencias que por su contenido se convierten en precedente decisonal fundado, es decir se repiten en las demás.
- 7) Se presentan las gráficas las cuales dejan ver de manera didáctica cuál de tres teorías se impone frente demás.
- 8) Finalmente se presentan las conclusiones.

1. Marco teórico de aproximación al tema: contextualización y aspectos generales

El derecho a la libertad está consagrado en nuestro ordenamiento jurídico como un principio constitucional de aplicación imperativa, debido a esto, la Constitución y los tratados internacionales que ha ratificado Colombia consagran diversas normas que prohíben la violación de dicho derecho y por consiguiente buscan la salvaguarda de los derechos fundamentales.

La concepción de la libertad personal como valor superior y pilar de nuestro ordenamiento jurídico se da a partir de su positivación en la norma de normas, o Constitución Política de Colombia, de ahí que se convierta en un derecho fundamental.

Por ende cuando se busca limitar este derecho es preciso que se haga mediante la aplicación de los procedimientos legales consagrados en la Ley, es decir, para que proceda una privación de libertad esta debe encontrarse ajustada a las formalidades legales y a la normatividad que debe contar con la jerarquía de Ley, además de esto, para que la norma sea aplicable al caso, debe encontrarse vigente para el momento de la ocurrencia de los hechos que dan pie a la privación de la libertad, de lo contrario se estaría violando el principio legalidad, que habla de la aplicación de la Ley en el tiempo consagrado en el artículo 6 de la Ley 906 de 2004 y el artículo 6 de la Ley 599 de 2000.

El artículo 6o de la Ley 906 de 2004 consagra lo siguiente:

Legalidad. Nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos, con observancia de las formas propias de cada juicio.

La ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Las disposiciones de este código se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia.ö(Negrillas fuera del texto).

De igual forma el artículo 6 de la ley 599 del 2000 define el principio de legalidad de la misma forma que la ley anteriormente mencionada y añade:

La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados.

La analogía sólo se aplicará en materias permisivas

Al interpretar los artículos anteriormente citados, se concluye que en el caso concreto de privaciones injustas de la libertad, debe aplicarse la ley vigente para el momento de la ocurrencia del hecho. De desconocerse esta aplicación, se verían vulnerados derechos fundamentales tales como:

-La libertad, Consagrado en el artículo 28 de Carta¹ que predica lo siguiente:

¹ Constitución Política de 1991 de Colombia, artículo 28.

Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y **por motivo previamente definido en la ley**.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles. Negrillas fuera de texto.

-El debido Proceso, concebido como el derecho que tiene toda persona a no ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes, ante el órgano competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, el cual se encuentra positivado en el artículo 29 de la Constitución Política que predica así:

El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso. (Negrillas fuera del texto).

-El habeas corpus, entendido como una acción pública y un derecho fundamental, cuya misión es proteger el derecho fundamental de la libertad personal y cuidarlo de ataques, amenazas e intromisiones abusivas. Como acción, este derecho, les otorga a todas las personas el poder jurídico constitucional de solicitar la intervención de un órgano jurisdiccional en caso de que su libertad esté siendo vulnerada de manera arbitraria, indebida o ilegal y está consagrado en el artículo 30 de Constitución política que se expresa de la siguiente manera:

Quien estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el Habeas Corpus, el cual debe resolverse en el término de treinta y seis horas.

De la lectura de los artículos anteriormente citados, podemos interpretar que estas son normas que avalan, protegen, pero sobre todo que hacen efectiva la aplicación del derecho fundamental a la libertad personal, y que siempre que se pretenda restringir esta libertad, deberá hacerse bajo los parámetros previamente establecidos en la ley y sin atentar contra el derecho fundamental al habeas corpus, debido proceso y libertad personal. Así lo ha manifestado la Corte Constitucional en sentencia C- 397 del 10 de julio de 1997:

(í) esa libertad del legislador, perceptible al momento de crear derecho legislado, tiene su límite en la propia Constitución que, tratándose de la libertad individual, delimita el campo de su privación no solo en el artículo 28, sino también por virtud de los contenidos del preámbulo que consagra **la libertad** como uno de los bienes que se asegura a los integrantes de la nación, del artículo 2ª de la categoría de fin esencial del Estado contempla el de garantizar **la efectividad de los principios, y de los derechos consagrados en la constitución**, a la vez que encarga a las autoridades de su protección y del artículo 29. Negrilla fuera de texto

En todo caso, cuando se presente una privación injusta de la libertad, bien sea debido al desconocimiento de las normas legales o porque con la misma se produjo la violación de derechos fundamentales, se podrá solicitar por vía judicial que se declare la responsabilidad del Estado por el defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia.

Para generar mayor claridad en el lector sobre este tema, es necesario definir que ha considerado la jurisprudencia como privación injusta de la libertad.

La privación de la libertad se torna injusta cuando esta no cumple con los principios de proporcionalidad y razonabilidad que impone el legislador, principios que se configuran como límites al ejercicio del poder punitivo del Estado. En el mismo sentido, se ha pronunciado la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 5 de febrero de 1996:

í se refiere a una actuación **abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales**, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. (Negrillas fuera del texto)

De conformidad a lo expuesto anteriormente es necesario aclarar que esta actuación desproporcionada provendrá de diferentes entidades estatales, dependiendo bajo cual normatividad nos encontremos. Si es en la ley 600 del 2000, dicha actuación provendrá de la Fiscalía, pero, si por el contrario, nos encontramos bajo el amparo de la ley 906 del 2004, dicha actuación provendrá del Juez de Control de Garantías.

Así las cosas, en la Ley 600 del 2000, la Fiscalía General de la Nación tenía la facultad de imputar delitos y de imponer medida de aseguramiento, sin embargo, con la Ley 906 de 2004 se despoja a la Fiscalía de dichas facultades otorgándola al Juez de Control de Garantías como encargado de legalizar la captura y de imponer medida de aseguramiento si hay lugar a esta.

No obstante, pese al desplazamiento de las funciones de un órgano a otro, la legislación vigente persiste en consagrar el requisito de la carga probatoria en los casos de privación injusta de la libertad. Dicha carga consiste en acreditar la irregularidad de la captura y la inobservancia de los procedimientos legales.

Es claro que la facultad que ostenta el Estado para perseguir las conductas que se revisten de carácter delictual, no es absoluta, e incluso dichas facultades no pueden excederse ni siquiera en estados de excepción. El Estado, en estos eventos, debe respetar los tratados internacionales que reconocen derechos humanos e interpretar los derechos conforme lo establecido en dichas normas, de tal manera que prevalezca la obligación de protección y garantía de los derechos humanos fundamentales.²

El postulado anterior es propio del Estado Social de Derecho, y se establece así con el cambio constitucional que se produce en 1991, pues con este se amplía el marco normativo y a su vez el margen de la declaratoria de la responsabilidad del Estado, ya no solo para los eventos en los que se pruebe el error judicial o la vía de hecho, es decir, una decisión arbitraria, caprichosa o en los que se evidencie un error grave por parte de la administración de justicia como sucedía anteriormente, sino que se amplía para los casos en los que se pruebe la existencia de un daño que se revista de la connotación de antijurídico, esto es, un daño de tal magnitud que la persona que lo sufre no esté obligada a soportarlo y por ende se activa la obligación del Estado de indemnizarlo, siempre y cuando el mismo sea imputable a una acción u omisión de un funcionario público.

En consonancia con lo anterior, el artículo 90³ de la Carta dispone lo siguiente:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste. (Negrillas fuera del texto)

El artículo que se refiere en las líneas precedentes, consagra la cláusula general para la declaratoria de responsabilidad patrimonial estatal condicionada al concepto y demostración del daño antijurídico, pues es este carácter el que fundamenta la posibilidad de solicitar la reparación del daño por parte de quien lo sufre.

No obstante, el establecimiento de dicha cláusula general no excluye la posibilidad de aplicación del régimen objetivo consagrado en el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991, anterior Código de Procedimiento Penal, en el cual se disponía que una persona había sido privada injustamente cuando mediante sentencia absolutoria era dejada en

² El artículo 93 de la Constitución Política de Colombia, consagra lo siguiente: «Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

³ Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 90.

libertad al comprobarse alguno de los siguientes criterios: a) Inexistencia del hecho, b) No comisión del hecho o c) atipicidad del hecho.

Del análisis de las sentencias referidas a la privación injusta de la libertad que se presentan en la línea jurisprudencial contenida en la Tabla No. 5 de este artículo, se evidencia que los magistrados y jueces siguen utilizando los tres criterios, referidos a la privación injusta de la libertad, para deducir responsabilidad del Estado sin que por este hecho se trate de una vigencia ultractiva de dicha normatividad. Así lo señala el alto tribunal del Consejo de Estado en sentencia 20713 del 22 de Junio de 2011 con ponencia de Enrique Gil Botero; en la cual se expone lo siguiente:

Es importante precisar que las hipótesis establecidas en el artículo 414 del C.P.P. de 1991 (decreto ley 2700), al margen de la derogatoria de la disposición, han continuado rigiéndose por una perspectiva objetiva de responsabilidad. En consecuencia, el régimen aplicable para definir si la privación de la libertad fue injusta en estos tres supuestos, es el objetivo, inclusive con posterioridad a la ley 270 de 1996, en los términos precisados por la jurisprudencia de la Corporación. En consecuencia, la Sala no avala una aplicación ultractiva del citado precepto legal (art. 414) que se encuentra derogado, sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo. No quiere significar, entonces, que la Corporación esté modificando los efectos en el tiempo de una norma que se encuentra claramente abrogada. No obstante, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, por ser una institución donde rige el principio *iuranovit curia*, es posible que el juez adopte o acoja supuestos de responsabilidad objetiva o subjetiva, lo cual dependerá del fundamento en que se soporte la misma. Es decir, cuando se absuelve al sindicado o al procesado porque el hecho no existió, el investigado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, el régimen de responsabilidad es el objetivo y, por consiguiente, no será determinante a la hora de establecer la responsabilidad de la entidad demandada si actuó o no de manera diligente o cuidadosa. Lo anterior, lejos de suponer una aplicación ultractiva del derogado artículo 414 del decreto ley 2700 de 1991, implica el reconocimiento de que en esos supuestos resulta injustificado imponer al administrado la carga de acreditar que la administración pública incurrió en una falla del servicio.

Como se puede ver el desarrollo del tema de la responsabilidad estatal en relación con la función pública de administración de justicia en los casos de detenciones injustas, ha sido un tema bastante polémico, pues sobre él mismo han surgido múltiples cambios normativos como jurisprudenciales, los cuales pretenden definir un norte concreto de aplicación para los jueces y magistrados e incluso para las altas cortes en búsqueda de uniformidad de decisiones.

Como es bien conocido el precedente judicial opera en Colombia cuando existen tres (3) decisiones uniformes y en firme expedidas por las Altas Cortes sobre un mismo tema o materia. En este sentido, se establece un único criterio de interpretación que define un norte de obligatorio cumplimiento para los órganos jurídicos que están en un orden jerárquico inferior.⁴

⁴ No obstante lo anterior, en caso de que el juez quisiera apartarse del precedente, este puede hacerlo, siempre y cuando justifique mediante una carga argumentativa, soportada legalmente o en una norma

Beatriz Quintero y Eugenio Prieto en su libro Teoría General del proceso han definido la jurisprudencia como: *“las decisiones jurisdiccionales que dictan los jueces, en aplicación de la ley, a los casos concretos que le son sometidos”*. De otro lado, el precedente jurisprudencial se entiende como parte de la jurisprudencia que para ser vinculante o tener fuerza obligatoria, debe cumplir con los siguientes requisitos:

El conjunto de decisiones reiteradas, referidas a una misma situación jurídica o situaciones análogas; decisiones jurisdiccionales sobre un mismo caso y concordantes. (Quintero & Prieto, 2000, p.68)

El cumplimiento del precedente jurisprudencial genera entonces seguridad jurídica y certeza del derecho, y propende porque jurídicamente se resuelva de forma idéntica otro caso ya tratado que verse sobre el mismo tema y que conste de las mismas circunstancias jurídicas. Es decir, que exista igualdad en la aplicación de la norma.

Sin embargo, en Colombia nos enfrentamos a la cruda realidad que en muchas ocasiones los precedentes son inobservados por los jueces y magistrados, y los casos son resueltos de manera diferente y al arbitrio del juez sin tener en cuenta la línea decisional preexistente frente al tema que se viene decantando a través de los años, de ahí que se tenga que acudir a la apelación constantemente y exista inseguridad jurídica debido a los constantes cambios normativos y Jurisprudenciales.

Ahora bien frente al tema de la responsabilidad del Estado por error judicial, a pesar que desde el ámbito normativo el tema aparentemente parece ser claro, lo cierto es que del análisis de las sentencias se desprende que la aplicación efectiva de la figura del precedente jurisprudencial no es evidente, pues en muchas ocasiones se tiende a asimilar el error judicial a la vía de hecho. En todo caso del análisis hecho por la Corte Constitucional Colombiana en sentencia C- 037 de 1996, se puede concluir que para que sea posible declarar la responsabilidad del Estado por error jurisdiccional, este, el error jurisdiccional debe de cumplir con los presupuestos que establece el artículo 67 de la Ley 270 de 1996⁵, es decir, que se hayan interpuesto los recursos de ley y que la providencia este en firme.

Frente al tema de la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad el Consejo de Estado en sus sentencias ha mostrado dos facetas: a) la primera que se presentó en los años anteriores a la entrada en vigencia de la constitución política de 1991, en la cual la responsabilidad del Estado se circunscribía solo a la demostración del error judicial por parte de los funcionarios públicos y, b) la segunda, de los años siguientes a 1991, donde aparece una nueva faceta la cual se implantó con la entrada en vigencia de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia o Ley 270 de 1996. A partir de la jurisprudencia proferida con posterioridad a la expedición de dicha ley, la

jurídica superior, su decisión de desconocer los criterios de interpretación establecidos por la Alta Corte, en el caso concreto por el Consejo de Estado. (Corte Constitucional, Sentencia C 836 de 2001)

⁵ El artículo 67 señala lo siguiente: El error jurisdiccional se sujetará a los siguientes presupuestos: 1. **El afectado deberá haber interpuesto los recursos de ley en los eventos previstos en el artículo 70**, excepto en los casos de privación de la libertad del imputado cuando ésta se produzca en virtud de una providencia judicial. 2. **La providencia contentiva de error deberá estar en firme**. Negrilla fuera de texto.

declaratoria de responsabilidad de Estado ya no se genera única y exclusivamente por el error judicial, sino que se establece de acuerdo a tres criterios plasmados en la sentencia del 4 de diciembre de 2006, expedida por el Consejo de Estado en la sección tercera, donde se señala:

í la Sala ha adoptado el criterio conforme al cual quien hubiera sido sometido a medida de aseguramiento de detención preventiva, pero finalmente hubiera sido exonerado de responsabilidad mediante sentencia absolutoria definitiva o su equivalente, con fundamento en que el hecho no existió, el sindicato no lo cometió o la conducta no era constitutiva de hecho punible, tiene derecho a la indemnización de los perjuicios que dicha medida le hubiera causado, sin necesidad de acreditar que la misma fue ilegal, errada, o arbitraria, dado que en dicha norma el legislador calificó a priori la detención preventiva como injusta.

Los tres criterios en los que se basa este alto tribunal para establecer la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad son los siguientes: a) La teoría subjetiva b) La teoría objetiva y c) La teoría del daño antijurídico. Esta última es la que adquirido más relevancia. Las tres teorías, antes referidas, serán explicadas en las siguientes líneas.

La primera, considerada como **subjetiva**, en la que la responsabilidad del Estado se circunscribe solo a la demostración del error judicial, o al defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, pues exige la realización de una conducta arbitraria por parte de la administración de justicia o que se presente una decisión judicial con características altamente desproporcionadas y contrarias a derecho, según lo expuesto anteriormente es posible entonces aplicar este régimen cuando se presentan alguna de las siguientes conductas, cuando por duda se absuelve al procesado, por prescripción de la acción penal, por ilegalidad de la detención preventiva.

La segunda posición, considerada como **objetiva**, se refiere a las circunstancias en las cuales una persona ha sido privada de la libertad y posteriormente ha sido dejada en libertad, mediante sentencia absolutoria consecuencia de la decisión de la autoridad competente, al configurarse alguna de las causales consagradas en el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991- anterior código de procedimiento penal - es decir, por atipicidad de la conducta, porque el hecho no existió, o porque el sindicato no lo cometió, en tales eventos se presume que se presenta una privación injusta de la libertad como habíamos mencionado anteriormente, en dichos casos no es necesario valorar la conducta del funcionario judicial, si fue dolosa o culposa en los demás casos se deberá acreditar debidamente el error jurisdiccional o ilegalidad de la detención. En los eventos en los cuales se logre probar dichos supuestos de hecho, quien ha sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado por la indemnización de perjuicios que se causaron como consecuencia de la detención.

La tercera y última posición, que se ha venido implementando recientemente con mayor frecuencia por la Corporación, fundamenta la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad en el artículo 90 del texto constitucional, así las cosas en estos eventos la responsabilidad es declarada en cumplimiento de preceptos constitucionales que adquieren rango prevalente frente a otras normatividades, preceptos que sin duda alguna deben ser reconocidos.

Así las cosas, cuando un sujeto sea privado de la libertad en desarrollo de una investigación penal y posteriormente es liberado mediante providencia judicial en la que se resuelve desvincularlo del proceso penal, este deberá acreditar que los daños sufridos si es que quiere optar por la teoría del daño antijurídico, probando que tales perjuicios se derivaron con dicha detención, y que no se encontraba en la obligación de soportarlos por lo cual se tornan antijurídicos.

Aunque el Estado tenga la potestad de investigar las conductas penales que se revistan de carácter ilegal, en el ejercicio de dicha función el Estado no puede imponerle la carga excesiva al particular de someterlo a un detención preventiva sin más ni más, es decir sin que existan elementos probatorios materiales suficientes que lo señalen como presunto autor del ilícito por el cual está siendo sindicado.

En la práctica vemos que en muchas de ocasiones estas medidas preventivas terminan por configurarse como una condena anticipada, que en todo caso sería violatoria del principio de presunción de inocencia.

Por lo anteriormente mencionado es que considero que las autoridades públicas deben realizar un trabajo arduo y concienzudo en las labores de investigación, pues en todo caso no nos podemos convertir en un Estado que avale la violación de los derechos fundamentales.

No es novedad que las cárceles en nuestro país se encuentren atestadas y que los reclusos se encuentren sometidos a condiciones inhumanas sufriendo hacinamiento, esto es producto del déficit de la administración de Justicia en la imposición de medidas de aseguramiento carcelarias sin las evaluaciones es de las circunstancias a fondo del caso, pues en la mayoría de los casos después de un tiempo la Fiscalía General de la Nación dejando en libertad a el recluso por la falta ordena la preclusión de la investigación, a modo de ejemplo en Antioquia el sótano del edificio de la alpujarra se encuentra lleno de detenidos pues no hay cárceles que cuenten con espacios libres para recluirlos. Es por este tipo de sucesos que hago una crítica al sistema penitenciario y carcelario de nuestro país. El cual requiere de unas políticas nuevas y serias tendientes a solucionar los problemas expuestos anteriormente, pero este tema será objeto de otra investigación.

Concentrándome en el tema que ocupa este artículo, en cumplimiento de los preceptos constitucionales es que se amplió el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado en nuestro país; concentrándose no solo en la responsabilidad de la administración pública, sino en la responsabilidad del juez, el legislador, y los demás órganos autónomos e independientes que hacen parte de la estructura del Estado, lo anterior con el fin de ampliar el marco de responsabilidad del Estado e individualizar al agente causante de los daños para que posteriormente el Estado pueda repetir contra este por los daños y perjuicios causados al particular con su conducta activa u omisiva.

2. El instituto de la privación injusta de la libertad

Según lo expone Catalina Velásquez Gil en su libro *Responsabilidad Contractual y Extracontractual del Estado* ó Jurisprudencia sección tercera del Consejo de Estado, Año 2011, Librería Jurídica Sánchez R. LTDA. ó La privación injusta de la libertad se fundamenta en el error judicial que se produce como consecuencia de la violación de la obligación que tiene todo juez de hacer un análisis exhaustivo frente a los elementos

del caso, es decir producir sus resoluciones conforme derecho previa valoración seria y razonable de los diferentes supuestos de hecho y de las circunstancias del caso concreto, sin entrar a examinar la conducta desplegada por el juez o magistrado con el fin de establecer si esta había sido cometida de manera dolosa o culposa bajo este entendido la medida de aseguramiento era concebida como una medida preventiva que se le imponía a una persona, esta se entendía como una carga que todas las personas debían soportar por igual, por el simple hecho de vivir en sociedad y por ende se debía someter a los parámetros de persecución penal por parte de la autoridades públicas. Esta medida más que procurar la comparecencia del presunto autor del delito al proceso y de evitar su fuga, busca que se cumpla con el fin del castigo, pero en todo caso someter a una persona a una detención preventiva con la violación de sus derechos fundamentales es un carga que se torna excesiva, desnaturalizada y violatoria de principios constitucionales los cuales no pueden ser limitados y en todo caso es el Estado quien debe vigilar su protección y garantía.

En el marco de la responsabilidad extracontractual del Estado la privación injusta de la libertad se tomaba como la conducta arbitraria que debía asumir el Estado en razón a el error e inobservancia de los parámetros legal de alguno de los agentes estatales que desencadenaba en la producción de los resultados lesivos al particular y por ende con la comprobación de la falla del servicio de la administración se debía declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados; no obstante en derecho comparado algunas legislaciones entendieron la noción de privación injusta de la libertad como una figura compensatoria mas no indemnizatoria, ya que la imposición de esta traía consigo tanto perjuicios patrimoniales como morales, los cuales no son susceptibles de ser evaluados en dinero y la forma de reparación se generaba en compensación al daño producido, figura por medio de la cual el Estado debía indemnizar al ciudadano por los daños y perjuicios que le había causado como consecuencia directa de la afectación indebida a la libertad.

La responsabilidad estatal entonces anteriormente se accionaba cuando se había producido un perjuicio al sujeto como consecuencia del error judicial que provenía como consecuencia directa de una acción u omisión de un funcionario público o cuando era probada una falla injustificada del aparato judicial.

Posteriormente la noción de la privación injusta de la libertad toma otro rumbo, con la expedición del Decreto 2700 de 1991, se implanta como bases para determinar la responsabilidad del Estado los tres supuestos que esta norma disponía, mismos criterios que se convierten en parámetros instituidos jurisprudencialmente y se posicionan como precedente jurisdiccional aun en la actualidad en los fallos y decisiones de los jueces, magistrados y altos tribunales del Consejo de Estado.

La reiteratividad de la aplicación de los criterios que consagraba dicha normatividad en las decisiones de los jueces y magistrados fue lo que posibilitó que se trazara un norte de aplicación definido y lo llevó a adquirir el carácter de precedente judicial, aun cuando la normatividad que lo consagraba, hubiese sido derogada (Decreto 2700 de 1991).

Del análisis de las diferentes sentencias se obtiene como resultado que el carácter injusto de la detención es obtenido como resultado final del proceso penal, esto es, cuando el detenido es dejado en libertad por preclusión de la investigación o cuando se

obtiene sentencia absolutoria a favor del procesado en la que se declara la inocencia de la persona, bien sea porque no se logró demostrar dentro del proceso penal la autoría o participación del sujeto en la comisión del hecho delictivo, porque se demostró plenamente su inocencia, o bien porque en virtud de la aplicación del principio de in dubio pro reo quedó en libertad, eventos en los cuales la privación se reputa injusta, sin que sea necesario evaluar las conductas desplegadas por las autoridades investigativas o judiciales para el momento de la detención.

En mi concepto la detención se reputa injusta desde el momento en que fueron inobservadas por las autoridades investigativas o judiciales los parámetros normativos que permiten que se imponga una medida de aseguramiento, es decir, cuando la medida cautelar se impone sin existir un indicio serio que la justifique, o cuando la medida provisional no tuvo un fundamento legal o razonable basado en pruebas inequívocas que lo señalan como autor del ilícito.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en la sentencia del 1 de octubre de 1992, proceso N° 7058, MP Daniel Suarez Hernández cuando en las consideraciones se exige que para que se torne injusta la medida de aseguramiento se debe acreditar que haya sido **abiertamente ilegal, o que se trate de actuaciones u omisiones escandalosamente injurídicas, o que el comportamiento del juez haya sido ostensible y manifiestamente errado** (*Negrillas fuera del texto*).

En todo caso tratándose de actuaciones ilegales la carga de la prueba le corresponde al actor, es decir es el que sufre el daño el que debe probar que la detención fue injusta y no cumplió con los principios legales que la ley dispone.

3. Medida de aseguramiento

La medida de aseguramiento es una medida restrictiva provisional de la libertad personal que dicta un funcionario judicial para definir la situación jurídica de una persona que está siendo procesada penalmente.

La aplicación de una medida de aseguramiento es un acto procesal de carácter jurisdiccional, que dispone relevantes restricciones a la libertad personal para fines de la investigación de la responsabilidad de una persona en un ilícito.

Una de las medidas de aseguramiento es la detención preventiva, esta se consagra como un acto procesal judicial, por medio del cual se dispone la restricción de la libertad de una persona antes de declararse culpable o inocente, esta medida tiene como objeto asegurar la presencia del procesado o sindicado al proceso penal, poder imponer la pena y que esta sea cumplida, o evitar el entorpecimiento de la investigación.

Pero para que sea impuesta una medida preventiva bien se debe valorar de forma seria y razonable los elementos materiales probatorios o evidencia física, y en todo caso, estos deben arrojar casi con grado de certeza la posible comisión del ilícito por parte del sujeto involucrado.

Según lo dispuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C -123 de 2004 y en la Sentencia C- 695 del 2013 expediente D-9570, MP Nilson Pinilla Pinilla se expone lo siguiente:

No es suficiente que los supuestos fácticos por los cuales el legislador considera que una conducta delictiva da lugar a la imposición de una medida de aseguramiento se encuentren establecidos en la ley, pues es imperativo además que aquéllos sean **claros, precisos y unívocos**, esto es, òdeben excluir cualquier ambigüedad previsible y deben abstenerse de hacer generalizaciones y abstracciones que pudieran minar la seguridad jurídica de los asociados.

En aplicación del precedente jurisprudencial se ha pronunciado la Corte Constitucional en sentencia C-1198 de 2008 replicando lo expuesto en fallo C-774 de 2001 donde se aduce lo siguiente:

La Corte explicó que la facultad de configuración legislativa, en materia de la aplicación de la detención preventiva, tiene como límites los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, además de los fines que aquélla persigue, no sólo para evitar que se desoriente su carácter preventivo - no sancionatorio -, de modo que esa medida no pueda convertirse en un mecanismo indiscriminado, general y automático.

Bajo tales supuestos, en la sentencia C-774 de 2001 se expresó que para la procedencia de tal medida ño sólo es necesario que se cumplan los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que requiere, además, y con ineludible alcance de garantía, que quien haya de decretarla sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma.⁶

De conformidad a los pronunciamientos expuestos por la Corte Constitucional en los fallos anteriormente citados se puede concluir que frente a la detención preventiva se ha seguido un precedente jurisprudencial preestablecido, que en todo caso posibilita la aplicación de dichas medidas siempre y cuando existan indicios inequívocos y soportados en medios probatorios sólidos de la comisión del delito por parte del presunto autor, en estos eventos y con el fin de indagar a profundidad sobre los hechos es posible que esta medida sea impuesta, de manera preventiva para asegurar el *ius punniendi*, es decir para asegurar la comparecencia del sujeto presuntamente implicado en el proceso penal y no evada la investigación penal que se adelanta en su contra, que posibilitará eventual la judicialización del mismo, casos en los cuales esta medida se torna como una carga que todos los ciudadanos deben soportar por igual en el ejercicio de la acción penal del Estado, con base en estos criterios se decidió en la sentencia del 2 mayo de 2007 proferida por el Consejo de Estado en la cual se consideró que la demandante debía soportar la carga de la investigación pues en el caso concreto no se logró demostró ni el error, ni la ilegalidad de la decisión que dispuso la medida de aseguramiento, por el contrario como se tenían indicios serios en contra de la demandante y fue el hecho exclusivo de la víctima el que determinó la imposición de la medida de aseguramiento que la privo de la libertad.

Consideró el Tribunal que cuando mediaren indicios serios en contra del sindicato, la detención se tenía como una carga que todas las personas debían soportar por igual y que, por tanto, debía probarse de modo específico y

suficiente el error o ilegalidad de la decisión que dispuso la medida de aseguramiento.

Sin embargo frente a la potestad que ostenta el Estado de investigar las conductas delictuales, le asiste de manera correlativa el deber de respetar los contenidos constitucionales consagrados en los artículos 28 y 29 superiores y por lo tanto las medidas preventivas que se quieran adoptar deben estar ajustadas a la Constitución Política cumpliendo las formalidades legales para que no se incurra en violaciones de los derechos fundamentales que están reconocidos por las normatividades internas e internacionales.

4. Daño antijurídico

El daño antijurídico se concibe como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo así lo han definido la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, lo ha considerado como el fundamento del deber de reparación del Estado, en función de la garantía de los principios y valores propios del Estado Social de Derecho pues es al Estado al que le corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración.

La Doctrina española, más concretamente los profesores Eduardo García de Enterría y Thomas Ramón Fernández, han considerado que la noción de daño antijurídicos se fundamenta en la garantía de patrimonios en la cual el Estado debe reparar aquel detrimento patrimonial que carezca de título jurídico válido, es decir es un perjuicio que excede el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en la vida social.

Al construir la institución de la responsabilidad de la Administración al margen de toda idea de ilicitud o culpa, el fundamento de aquella se desplaza desde la perspectiva tradicional de la acción del sujeto responsable (que parte de la concepción de ver en la responsabilidad patrimonial la sanción de una conducta culpable) a la del patrimonio de la persona lesionada. La responsabilidad pasa a reposar de este modo sobre un principio abstracto de garantía de los patrimonios, dejando de ser una sanción personal por un comportamiento inadecuado para convertirse en un mecanismo adecuado de reparación que se pone en funcionamiento solo si, y en la medida en que, se ha producido una lesión patrimonial. (2006, p. 371)⁷.

En todo caso la víctima que lo sufre el detrimento patrimonial debe probar que sufrió dicho como consecuencia directa del quehacer administrativo, es decir, que provino de una acción u omisión de las autoridades públicas, más concretamente la que provino del servicio de la administración de justicia y además el actor deberá demostrar que no estaba en la obligación legal de soportar la lesión patrimonial que sufrió.

⁷ Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández. Curso de Derecho Administrativo. Madrid, Civitas, 1993, Tomo II, pp 371.

En su generalidad la jurisprudencia concibe la noción del daño antijurídico de la misma manera que se expresa en la sentencia de Reparación directa de la sección tercera del Consejo de Estado del 9 de mayo de 2012, MP Olga Melida valle de la Hoz expone:

Sobre la noción de daño antijurídico, esta Sección ha definido que consistirá siempre en la lesión patrimonial o extra-patrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar.

En este sentido, el daño ocasionado a un bien jurídicamente tutelado, impone el deber de indemnizar el consecuente detrimento con el objetivo de garantizar el principio de igualdad ante las cargas públicas. (í)

Los pronunciamientos del Consejo de Estado en las sentencias analizadas apuntan a que la concepción del daño antijurídico que consagra el artículo 90 de la Constitución Política estima que son resarcibles no solo los perjuicios causados por las autoridades públicas cuando se produce una falla del servicio, sino que consagra todos aquellos perjuicios que se causen aun sin demostrarse la falla, pero siempre y cuando cumplan con los requisitos para considerarse un daño antijurídico.

Así lo ha considerado el Consejo de Estado en sentencia del 2 de mayo de 2002 en consonancia con lo expresado por el tribunal:

Coincide el tribunal con el planteamiento jurisprudencial hecho por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en el cual advierte que la responsabilidad de la administración no opera sólo en los casos contemplados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, pues en virtud del artículo 90 la Constitución Nacional el Estado debe de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, lo que significa que el error judicial se debe reparar, no sólo en los casos de una injusta privación de la libertad, sino en todos los eventos en que se demuestre, con fuerza de convicción, la existencia de una manifiesta equivocación.

El concepto del daño antijurídico no se encuentra positivizado ni en la constitución, ni en la ley, este ha debido su desarrollo a la jurisprudencia y a la doctrina extranjera española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, según el cual la responsabilidad del Estado es objetiva, por lo cual basta con la producción del daño y que el mismo deviene antijurídico para la persona que lo sufre para que el Estado deba hacerse responsable sin que interese si el daño se produjo con o sin culpa, si la actividad fue lícita o ilícita, en realidad lo que importa es que el afectado no haya tenido el deber de soportarlo, sin que sea necesario entrar a examinar la culpabilidad del agente que lo causó; o si fue en ejercicio de una actividad lícita o ilícita; en palabras del autor se considera antijurídico *Todo perjuicio o minoración patrimonial imputable a un ente público (sea o no lícita la acción que lo cause, pues ya hemos notado, que no hay correspondencia entre la licitud o ilicitud de la conducta del agente y la juridicidad o antijuridicidad del daño producido) será una lesión, un perjuicio objetivamente injusto, esto es no expresamente justificado, que por razón de su misma antijuridicidad objetiva tendera a su reparación, generando un deber de resarcimiento.*⁸

⁸GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Madrid, España: Editorial Temis Palestra, 2006.

5. Títulos de imputación aplicables al instituto de la privación injusta de la libertad

Los títulos de imputación son la categorización de los mecanismos existentes por medio de los cuales es posible solicitar a los jueces y magistrados la declaración de la responsabilidad del Estado. Los títulos de imputación aplicables al instituto de la privación injusta de la libertad son: la falla del servicio y el daño especial.

La falla del servicio se ha entendido como conducta irregular, negligente, desproporcionada y desajustada a derecho, en la cual incurre la administración debido a la acción u omisión por parte de la administración en el cumplimiento de las obligaciones que tiene a su cargo, en términos generales, esta surge a partir de la comprobación de que el daño se ha producido como consecuencia de una violación. Sin embargo para efectos probatorios es necesario acreditar nexo de causalidad entre la falla servicio y el daño.

Por otro lado el régimen de la falla del servicio probada es concebido como un régimen subjetivo en tanto examina el funcionamiento del Estado como prestador de servicios a los ciudadanos y obliga al demandante a probar todos los supuestos de hecho que dan origen a la declaración de la responsabilidad, es decir la culpa por parte de la administración, la omisión, la conducta imprudente, irregular o tardía de un agente del Estado.

La falla del servicio probada es entonces el título de imputación más utilizado para declarar la responsabilidad del Estado, puesto que son las actuaciones irregulares y las omisiones administrativas son las que posibilitan la reclamación de la responsabilidad.

El Consejo de Estado, en la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente No.14.170, sentencia del 25 de febrero de 2005, M.P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra, al referirse a las modalidades de la falla del servicio dijo:

(í) No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de responsabilidad de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia, entre ellos el de la tradicional **falla del servicio**, dentro de la cual la responsabilidad **surge a partir de la comprobación de la existencia de tres elementos fundamentales: el daño antijurídico sufrido por el interesado, el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada, y finalmente, una relación de causalidad entre este último y el primero, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio.** (Negrillas fuera del texto).

Así las cosas y en concordancia con lo que dispone la jurisprudencia una vez se comprueben los tres elementos, es decir, el daño antijurídico que sufre la víctima, esto es, el que está consagrado por el artículo 90 de la constitución Política, la negligencia en

la actuación administrativa y se compruebe que dicho daño producto de la omisión o negligencia por la administración se constituye la falla del servicio.

De otro lado encontramos, el título de imputación del **daño especial**, este es considerado como título de imputación objetivo pues no es necesario entrar a examinar la conducta del agente estatal, basta con probar que en el desarrollo de una actividad lícita del Estado se causó un daño especial a un particular y que tal afectación se reviste con carácter anormal y grave, que se genere de forma desigual para un individuo comparado con el resto.

En el daño especial por el contrario a la falla del servicio, la actuación de las autoridades públicas debe estar enmarcada en la legalidad, es decir que haya un adecuado funcionamiento del servicio y se excluye el juicio de reproche frente a agente estatal

El Consejo de Estado avaló lo anteriormente mencionado en la sentencia del 28 de Octubre de 1976 pronunciándose de la siguiente manera:

(í) aun la actividad estatal absolutamente legítima tanto por la existencia y extensión del derecho que ejercita, como por la finalidad del procedimiento determinado legalmente, puede dar lugar a la indemnización del daño causado al administrado que es lo que se conoce como responsabilidad sin falta (í)

(í) Lo anterior importa que tal tipo de responsabilidad excluye la derivación de la ilegalidad del acto administrativo. Los casos de responsabilidad por falta o falla del servicio de la administración y lógicamente con mayor razón, la derivada de las vías de hecho (í)

Analizando la jurisprudencia del Consejo de Estado este título de imputación se fundamenta en el rompimiento de las cargas públicas, pues le impone al particular asumir las consecuencias de una situación más gravosa en comparación a la que soportan el resto de los administrados, es del quebrantamiento de la igualdad del cual se deriva el carácter especial del daño.

Sin embargo, existe otra posición adoptada en la cual esta teoría se consagra en el proceso penal como una carga que deben tolerar todos los administrados por igual, por verse involucrado la primacía del interés general en el ejercicio de administrar justicia a cargo del Estado, posición de la cual discrepo, pues esta avalando la violación de derechos fundamentales como lo son el debido proceso, presunción de inocencia y el derecho a la libertad, configurados como límites al poder que deben ser garantizados en todo momento debido a los tratados internacionales que se integran por medio del bloque constitucional a nuestro ordenamiento jurídico.

Según el principio constitucional de la presunción de inocencia, plasmado en nuestro ordenamiento jurídico, se prohíbe la imposición de penas mientras no se demuestre la responsabilidad del sujeto en la comisión de la conducta punible, sin embargo la privación de la libertad preventiva ha mutado en nuestro ordenamiento jurídico hasta el punto de convertirse en una pena anticipada.

En lo que respecta a los títulos de imputación para obtener la declaratoria de la responsabilidad del Estado, se generaba duda sobre que título de imputación se debía aplicar al instituto de la privación injusta, si la falla del servicio o el daño especial, así las cosas si se entendía como una carga que todos los ciudadanos debían soportar por

igual, en procura de garantizar el interés general, el título de imputación para solicitar la responsabilidad del Estado por esa privación injusta se hacía abajo el título de falla del servicio, pues la declaración de la responsabilidad se condicionaba a demostrar un defectuoso funcionamiento de la administración, o la operación irregular de un funcionario judicial, pero si por el contrario se tomaba como una pena gravosa que no debía soportar el sujeto en el proceso penal, el título de imputación para solicitar la responsabilidad del Estado por la privación injusta, ya no sería la falla del servicio, sino el daño especial, pues se le generó al sujeto un perjuicio que no estaba en la obligación de soportar, tornándose gravoso y excesivo.

En este orden de ideas el Consejo de Estado ha preferido la teoría del daño especial cuando se trata de declarar responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos, pues lo que se busca con esta es hacer un rechazo a la tolerancia pasiva que se ha venido generando para los imputados en el proceso penal, y se busca es una construcción ligada a la libertad como garantía constitucional, la cual debe prevalecer como consecuencia directa de la aplicación del artículo 90 de la constitución política, normatividad que consagra los principios y valores del Estado social de derecho con miras a garantizar los derechos fundamentales, vinculantes a todas las manifestaciones del poder público.

La posición de la Sala ha sido reiterativa al considerar la ampliación del marco de responsabilidad objetiva, por cuanto el daño antijurídico no se configura únicamente cuando se presente alguno de los tres supuestos previstos en el artículo 414 del código de procedimiento pena, sino también cuando la absolución del sindicado se produce por la aplicación del principio del **in dubio pro reo**.

6. Responsabilidad del estado por la función judicial

La función de administrar justicia en nuestro país se encuentra a cargo de la rama judicial, en el ejercicio de dicha actividad sus agentes judiciales como son los jueces y magistrados, son estos quienes comprometen la responsabilidad del Estado según lo dispone el artículo 65 de la Ley 270 de 1996:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.

En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el **defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad**.⁹

Del análisis de la jurisprudencia se desprende que la aplicabilidad de dicho artículo no se limita a la declaratoria de responsabilidad del Estado por detención injusta, cuando sea ilegal o arbitraria, es decir la que se reviste con carácter subjetivo de falla del servicio o error judicial, sino también tiene aplicación en la responsabilidad objetiva, es decir, cuando se presente alguno de los tres eventos consagrados en el artículo 414 del código de procedimiento penal o cuando una persona que es privada de la libertad y queda absuelta, evento en el cual se configura una detención injusta. Lo anterior en virtud de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, plasmada en el artículo 90 de la Constitución Política, mediante la cual el Estado es responsable por los

⁹ Ley 270 de 1996, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, artículo 65.

daños antijurídicos que le genere un detrimento o pérdida significativa de carácter material o inmaterial.

6.1. Error jurisdiccional

El error jurisdiccional se encuentra consagrado en el artículo 66 de la Ley 270 de 1996 que dispone lo siguiente: *Es aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley.*

Para que sea posible declarar el error jurisdiccional este debe cumplir con unos presupuestos previos establecido en el artículo 67 de dicha normatividad, esto es:

1. El accionante debe haber interpuesto los recursos de ley para los eventos previstos en el artículo 70, pero cuando se trate de casos de privación de la libertad del imputado, cuando la privación se produjo en virtud de una providencia judicial no se deberá agotar la interposición de dichos recursos
2. La providencia contentiva del error, debe estar en firme.

La consagración de estos dos requisitos por parte de legislados no impone trabas al actor para solicitar la responsabilidad del Estado, lo que busca es darle firmeza y soporte jurídico para que este solicite la declaración de la responsabilidad y en consecuencia la indemnización de los perjuicios que le fueron causados, de otro lado frente al tema de firmeza de la sentencia, es más que normal que esta se deba encontrar en firme, es decir no pueden proceder ningún recurso en contra de esta, pues de ser así se le debe dar la posibilidad a la administración de enmendar su error, en una posible apelación.

6.2. Defectuoso funcionamiento de la administración de justicia

Se encuentra consagrado en el artículo 69 de la ley 270 de 1996 que dispone lo siguiente:

Fuera de los casos previstos en los artículos 66 y 68 de esta ley, quien haya sufrido un **daño antijurídico**, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación¹⁰.(Negrillas fuera del texto).

En mi concepto este es un concepto residual, es decir, puede ser utilizado por el demandante en el caso en los que no le sea posible acreditar un error jurisdiccional o que no pueda demostrar el carácter injusto de la privación, sin embargo la intención de este artículo es que se pueda solicitar la responsabilidad del Estado en los eventos en los que no sea ostensible el error por parte del juez o magistrado que dicto la medida de aseguramiento, o la sentencia condenatoria privativa de la libertad.

El defectuoso funcionamiento de la administración de justicia se puede manifestar de tres maneras diferente, la administración de justicia ha funcionado mal, funciono tardíamente o no funcionó, Así las cosas su carácter residual deviene no solo de su redacción sino que consagra el daño antijurídico como un elemento sobresaliente, y en

¹⁰Ley 270 de 1996, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, artículo 69.

todo caso de demostrarse el carácter antijurídico se estaría optando por la declaración de la responsabilidad del Estado que consagra el artículo 90 de la constitución política, que en todo caso es una norma de superior jerarquía que se impone sobre la ley 270 de 1996, Ley estatutaria de la Administración de Justicia.

6.3. Privación injusta de la libertad

El artículo 68 de la ley 270 de 1996 dispone lo siguiente: *“Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios”*¹¹.

El carácter injusto lo define es la ilegalidad de la conducta de los funcionarios públicos que deviene de la inobservancia de las formalidades legales, es decir, cuando un juez, magistrado o fiscal procede a realizar la captura o imponer medida de aseguramiento en contra de un particular con el desconocimiento de las normas legales que avalan dicha actuación.

7. Línea jurisprudencial

En la siguiente línea jurisprudencial se analizaron diversas sentencias del Consejo de Estado, provenientes de la Sección Tercera, la cual se ocupa del tema de la privación injusta de la libertad, todas estas fueron promovidas a través del ejercicio de la acción de reparación directa.

Se analizaron la totalidad de 24 sentencias, una sentencia por cada año, comenzando en el año 1991 y finalizando en el 2014, Esto con la finalidad de saber cuál de las teorías o regímenes de responsabilidad del Estado se impone sobre los demás.

Tabla

FECHA DE LA PROVIDENCIA	IDENTIFICACION DE LA SENTENCIA	REGIMEN O TEORIA APLICADO
30 de Marzo de 1991	Radicado: 3510 Demandante: Luis Alfredo Cifuentes Lalinde y otros. Demandado: La Nación ó Departamento Administrativo de Seguridad ó DAS. Instancia: Primera	Régimen de responsabilidad subjetivo Titulo de imputación falla del servicio.
1 de octubre de 1992	Radicado: 7.058 Demandante: Carmen Aminta Escobar Mejía Demandado: La Nación ó Ministerio de Justicia. Instancia: Segunda	Régimen de responsabilidad subjetivo
17 de Junio de 1993	Radicado: 7918 Demandante: Efraín Manuel	Régimen de responsabilidad subjetivo

¹¹ Ley 270 de 1996, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, artículo 68.

	Antonio Patiño y otra. Demandado: Policía Nacional Instancia: Grado jurisdiccional de consulta	
15 de Septiembre de 1994	Radicado: 9391 Demandante: Alberto Uribe Oñate y otros. Demandado: La Nación ó Ministerio de justicia ó Poder judicial. Instancia: Segunda	Régimen de responsabilidad subjetivo-título de imputación falla del servicio
17 de Noviembre de 1995	Radicado: 10.056 Demandante: Ferney Guateros y otros Demandado: La Nación Instancia: Segunda	Régimen de responsabilidad subjetivo
2 de Octubre de 1996	Radicado: 10.923 Demandante: Rafael Antonio Leal Medina y otros Demandado: La Nación Instancia: Segunda	Régimen de responsabilidad subjetivo
11 de Septiembre de 1997	Radicado: 11600 Demandante: Elizabeth Franco Pineda y otros. Demandado: La Nación ó Ministerio de justicia ó Policía Nacional. Instancia: Segunda	Régimen de responsabilidad subjetivo-título de imputación falla del servicio del Ejército.
18 de julio 1998	Radicado: 1239 Demandante: Rud Cecilia Lopez Ruiz y otros. Demandado: La Nación ó Ministerio de justicia Instancia: Segunda	Régimen de responsabilidad objetivo
2 de abril 1999	Radicado: 1239 Demandante: Luis Carlos Pérez y otros Demandado: La Nación ó Policía Nacional Instancia: Segunda	Régimen de responsabilidad subjetivo
27 de Julio del 2000	Radicado: 12641 Demandante: Dyomar de López Álzate y otros. Demandado: La Nación ó Ministerio de Defensa ó Policía Nacional. Instancia: Segunda	Régimen de responsabilidad subjetivo - título de imputación falla del servicio.
25 de Enero de 2001	Radicado: 11.413 Demandante: Gilberto	Régimen de responsabilidad subjetivo

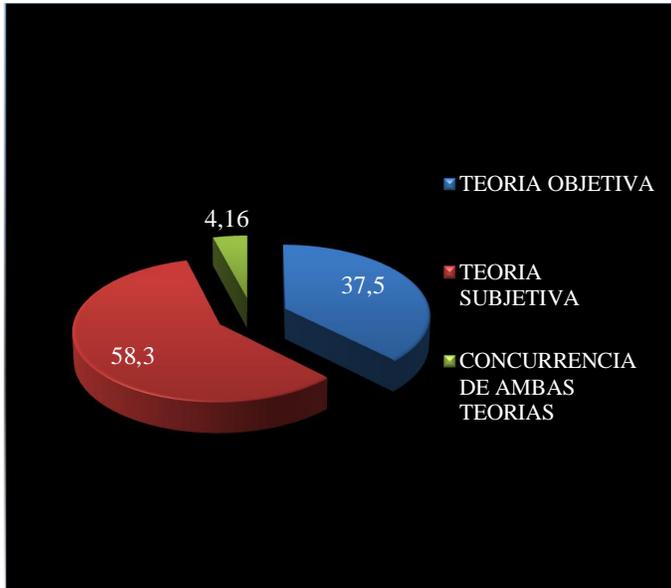
	<p>Márquez Henao Demandado: La Nación-Departamento Administrativo de Seguridad (D.A.S) Instancia: Segunda</p>	
2 de Mayo de 2002	<p>Radicado:19001-23-31-000-1994-1004-01(13449) Demandante: Ary Alberto Espinoza Sandoval y otros. Demandado: La Nación ó Ministerio de Defensa Nacional ó Fiscalía General de la Nación - Policía Nacional. Instancia: Segunda.</p>	Régimen de responsabilidad subjetivo - título de imputación falla del servicio
14 de noviembre 2003	<p>Radicado: 18002- 14- 21-000-45 Demandante: Juan Manuel Jaramillo y otros Demandado: La Nación ó Ministerio de Defensa Nacional Instancia: Segunda.</p>	Régimen de responsabilidad objetivo
29 de Noviembre de 2004	<p>Radicado: 18001-23-31-000-1995-0491-01(14676) Demandante: Gustavo Sanz Robledo. Demandado: La Nación, Ministerio de Justicia Instancia: Segunda</p>	Régimen de responsabilidad subjetivo - título de imputación falla del servicio.
12 de Diciembre de 2005	<p>Radicado: 73001-23-31-000-1995-02809-01(13558) Demandante: Germán Barberi y otros. Demandado: La Nación, Ministerio de Justicia, Consejo superior de la judicatura, Fiscalía General de la Nación. Instancia: Segunda</p>	Régimen de responsabilidad objetivo
11 de Mayo de 2006	<p>Radicado: 25000-23-26-000-1995-01157-01(14408) Demandante: Germán Vanegas Sierra. Demandado: La Nación, Ministerio de Defensa- Ministerio de Justicia- Ministerio de Defensa ó</p>	Régimen de responsabilidad objetivo Responsabilidad del Estado por detención ilegal ó incautación de aeronave

	Ministerio de Justicia y del Derecho, Fiscalía General de la Nación. Instancia: Segunda.	
2 de Mayo del 2007	Radicado: 25000-23-26-000-1995-01157-01(14408) Demandante: Adielia Molina Torres y otros. Demandado: La Nación ó Rama Judicial. Instancia: Segunda.	Teoría mixta Coexistencia de teorías objetiva y subjetiva.
20 de Febrero de 2008	Radicado: 05001-23-31-000-2007-00623-01(34781) Demandante: Jhon Freddy Arango Hurtado y otros. Demandado: La Nación ó Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación. Instancia: Apelación del auto	Régimen de responsabilidad subjetivo
7 de octubre de 2009	Radicado: 75001-23-31-000-1998-01360-01(17117) Demandante: Luis Hernán Naranjo Saavedra y otros. Demandado: Fiscalía general de la Nación Instancia: Segunda	Régimen de responsabilidad objetivo Preclusión de la investigación El hecho no existió o no lo cometió
26 de Marzo de 2010	Radicado: 05001-23-31-000-1993-01780-01(17845) Demandante: William Conde Espinoza y otros. Demandado: Nación ó Ministerio de Defensa ó Policía Nacional Instancia: Segunda	Régimen de responsabilidad objetivo Sentencia absolutoria por el que hecho no existió.
24 de Enero de 2011	Radicado: 25000-23-26-000-1996-02709-01(18626) Demandante: Germán Posada Palacios y otros. Demandado: Nación ó Fiscalía General y otro. Instancia: Segunda	Régimen de responsabilidad subjetiva Falla probada del servicio
29 de Octubre de 2012	Radicado: 44631	Régimen de

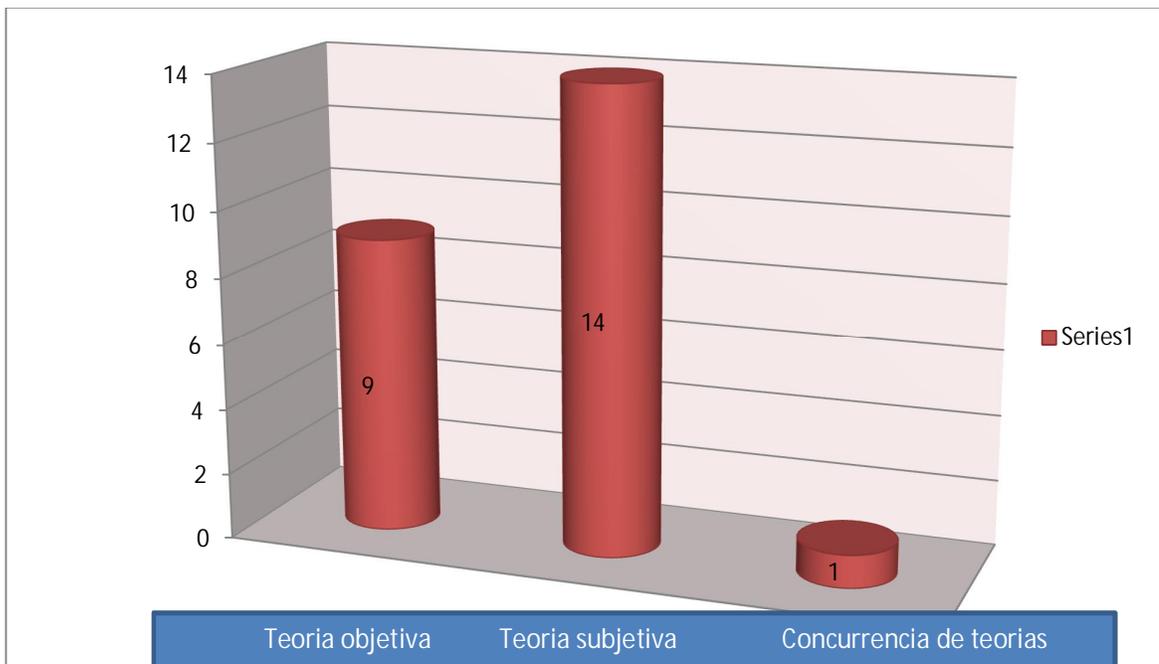
	(54001233100020044201) Demandante: Luis Enrique Osorio Toloza y otros Demandado: La Nación ó-Rama Judicial - Fiscalía General de la Nación ó Consejo Superior de la Judicatura ó Contraloría General de la República Instancia: Segunda	responsabilidad objetivo
12 de Junio de 2013	Radicado: 25000-23-26-000-2001-01658-01(27868) Demandante: Ana Cristina Marrugo González y otros Demandado: Nación ó Fiscalía General de la Nación y otro. Instancia: Segunda	Régimen de responsabilidad objetivo
28 de Agosto de 2014	Radicado: 680012331000200202548 01 (36.149). Demandante: José Delgado Sanguino y otros Demandado: La Nación - Rama Judicial Nación ó Fiscalía General y otro. Instancia: Segunda	Régimen de responsabilidad objetivo

8. Gráficas

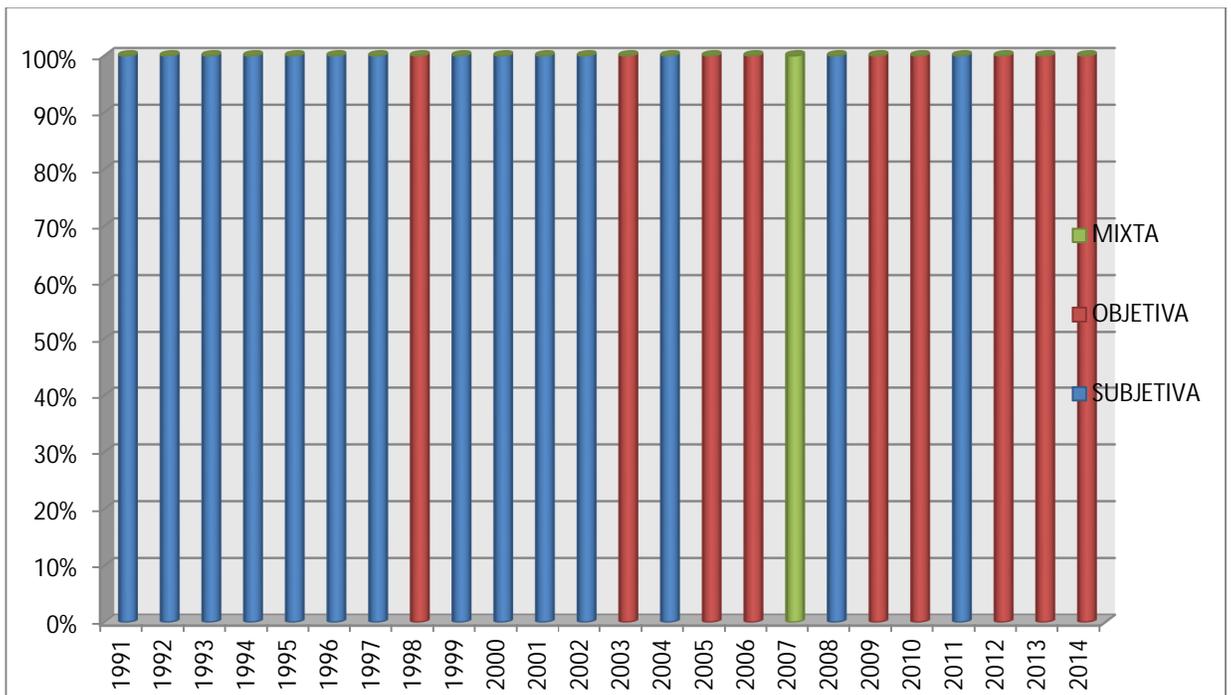
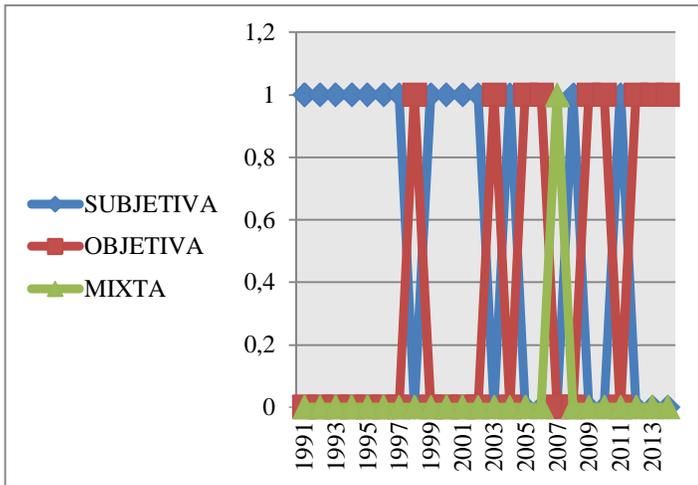
Las 24 sentencia analizadas en la tabla anterior representan una totalidad del 100 %, En la siguiente grafica se muestra el valor porcentual que cada teoría ocupa frente a las otras, y se muestra cuál de las teorías predomina frente a las demás, siendo la teoría subjetiva la de mayor valor porcentual, luego la objetiva y por último la mixta.



La siguiente grafica nos muestra el número de providencias que se fallaron de acuerdo a cada teoría, así las cosas, 9 sentencias aplicaron la teoría objetiva, 14 aplicaron la teoría subjetiva y solo 1 de las sentencias adujo que concurrían las dos teoría para el mismo caso.



Las siguientes dos graficas ilustran el periodo comprendido entre 1991 y 2014, y se define con base en que teoría se decidió en cada año.



9. Conclusiones:

Tratándose de la responsabilidad del Estado derivada de la privación de la libertad de las personas, El Consejo de Estado y La Corte Constitucional en sus sentencias no han mantenido un criterio uniforme cuando se ha ocupado de aplicar e interpretar el artículo 414 del antiguo Código de Procedimiento Penal, la aplicabilidad de este se circunscribía solo a los hechos que hubiesen ocurrido durante su vigencia.

Sin embargo la vigencia de este artículo se ha mantenido vigente, pero no por tratarse de una aplicación ultractiva de la norma, sino porque vía jurisprudencial, los jueces y magistrados han venido acogiendo y aplicando los parámetros que este artículo consagraba, de ahí que nos cuestionemos si la aplicabilidad del mismo se trata de un vigencia ultractiva de la norma, evento en cual dicho precepto normativo sería inaplicable pues se estaría vulnerando el principio de legalidad y como consecuencia traería consigo la violación de múltiples derechos fundamentales, generando en los asociados un estado de inseguridad jurídica.

El hecho de que aún se sigan aplicando los criterios que disponía el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 se deriva de que a través de la reiteratividad de posturas adoptadas por los jueces y magistrados en las sentencias, implantándose los tres supuestos que dicha normatividad consagraba, y es que cuando se presente una sentencia absolutoria porque el hecho no existió, la conducta no constituida hecho punible o el sindicado no la cometió, dicha privación se tornaba injusta y por ende se debían resarcir los daños que se hubieren causado con esta.

A modo de conclusión del análisis de las múltiples sentencias se evidencia que el régimen de responsabilidad estatal colombiano por privación injusta de la libertad sigue siendo intermedio, moviéndose entre el régimen objetivo y subjetivo, es claro que el régimen objetivo consagrado en el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991 sigue operando y es debido a que jurisprudencialmente se ha acogido la lógica de los supuestos facticos y jurídicos que contenía este decreto.

Así las cosas es necesario señalar que en los eventos en los que una persona es privada de la libertad como consecuencia de una decisión proferida por la autoridad judicial competente y luego es puesta en libertad bien porque el hecho imputado no existió o por que el sindicado no lo cometió o por encontrarse la atipicidad de la conducta, y si además prueba la existencia de un daño causado por esa privación de la libertad, no hay duda de que tal daño se torno antijurídico y debe serle reparado por el Estado, sin embargo, a mi parecer la teoría del daño antijurídico consagrada en el artículo 90 de la carta que se viene implementando después de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, le resta importancia a las otras dos teorías, esto es la subjetiva y la objetiva, pues solo de probarse que existe un daño de tal magnitud que la víctima no estaba obligado a soportar se activa el deber de resarcir los daños patrimoniales como morales sufridos por la víctima e incluso por sus familiares, esto en cumplimiento de los postulados constitucionales y de los tratados internacionales, que prohíben la violación de los derechos humanos fundamentales, tales como la libertad que se ve en juego con una privación arbitraria que desconozca los procedimientos normativos.

10. Bibliografía

Fuentes normativas

- República de Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política, 7 de julio de 1991. Versión digital disponible en:

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=4125>.

(noviembre de 2014)

- República de Colombia. Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sentencia del 25 de Febrero del 2005, Magistrado Ponente Ramiro Saavedra Becerra.
- República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera sentencia 1 de Octubre de 1992, proceso número 7058, Magistrado Ponente ó Daniel Suarez Hernández.
- República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 2 de mayo de 2001, radicado número 19001-23-31-000-1994-1004-01(13449) demandante Ary Alberto Espinoza Sandoval y otros.
- República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia No. 5451 de 1990. (C.P. Julio Cesar Uribe Acosta, mayo 24 de 1990).
- República de Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera sentencia 1 de Octubre de 1992, proceso número 7058, Magistrado Ponente ó Daniel Suarez Hernández.
- República de Colombia. Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia del 2 de mayo de 2001, radicado número 19001-23-31-000-1994-1004-01(13449) demandante Ary Alberto Espinoza Sandoval y otros.
- República de Colombia. Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sentencia del 25 de Febrero del 2005, Magistrado Ponente Ramiro Saavedra Becerra.
- República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C- 695 del 2013, Magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla. Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-695-13.htm> (noviembre de 2014)
- República de Colombia. Corte Constitucional, sentencia C-123 de 2004, expediente: D-4737, Magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.
- República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia del C-333 de 1996. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-333-96.htm> (noviembre de 2014)
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C 836 de 2001. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-836-01.htm> (noviembre de 2014)

- República de Colombia. Ley 270 de 1996. Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Diario Oficial No. 42.745, de 15 de marzo de 1996. Versión digital disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=6548>. (noviembre de 2014)
- República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-123 de 2004, expediente: D-4737, Magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra. Versión digital disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/c-123_2004.html. (noviembre de 2014)
- República de Colombia. Corte constitucional, Sentencia C- 695 del 2013, Magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla. Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-695-13.htm>. (noviembre de 2014)
- República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia del C-333 de 1996. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-333-96.htm>. (noviembre de 2014).
- República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa. Versión digital disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-037-96.htm> (noviembre de 2014)

Doctrina

- García, E. y Fernández, T. R. (2006). *Curso de derecho administrativo*. Tomo II. Madrid: Civitas.
- Velásquez, C. (2011). *Responsabilidad Contractual y Extracontractual del Estado: Jurisprudencia sección tercera del Consejo de Estado año 2011*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez. LTDA.
- Velásquez, C y Velásquez, I. (2005). *Responsabilidad contractual y extracontractual del Estado: Jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado 2005*. Medellín: Librería jurídica Sánchez. LTDA.
- CEJIL, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional. (2011). *Los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*. Buenos Aires.
- Sánchez, M.A. òResponsabilidad del Estado colombiano por la administración de justicia.ö En: *Estudios de derecho y gobierno*. Diciembre de 2009. Vol. 2, No. 2. Versión digital disponible en: http://portalweb.ucatolica.edu.co/easyWeb2/files/54_4208_estudios-dic-2009-sanchez-alvarez-.pdf. (noviembre de 2014)